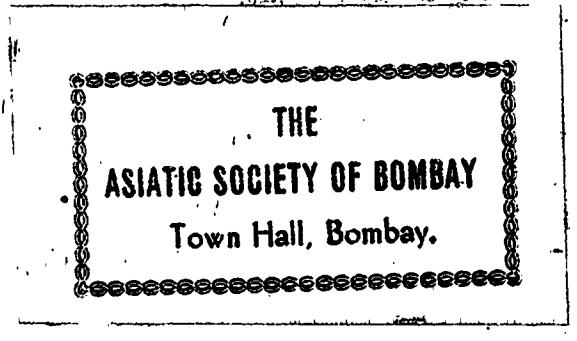
00079277

NOT TO BE ISSUED
OUT OF THE LIBRARY.



Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 24 February, 2016

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

SUB.-SYN.

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE,

CINQUIÈME ÉDITION,

RÉDUITE AUX OBJETS DONT LA CONNAISSANCE PEUT ENCORE ÊTRE UTILE,

AUGMENTÉE 1° DE NOTES INDICATIVES DES CHANGEMENS APPORTÉS AUX LOIS ANCIENNES PAR LES LOIS NOUVELLES, 2° DE DISSERTATIONS, DE PLAIDOYERS ET DE RÉQUISITOIRES SUR LES UNES ET LES AUTRES, 3° DES CHANGEMENS QUE LES LOIS FRANÇAISES ONT SUBIS, DANS LE ROYAUME DES PAYS-BAS, DEPUIS L'ANNÉE 1814;

CORRIGÉE ET FONDUE AVEC LES ADDITIONS FORMANT LES TOMES 15, 16 ET 17 DE LA 4e ÉDITION;

PAR M. MERLIN,

Ancien Procureur-Général à la Cour de Cassation.

TOME TRENTE-DEUXIÈME.

79277

Bruxelles.

H. TARLIER, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

RUE DE LA MONTAGNE, N° 306.

1828.

God
340
mer | Rep
79277

IMPRIMERIES DE H. REMY, ET DE P. J. VOGLET.

00079277

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

SUBREPTICE, SUBROGATION DE CHOSE, Sect. I.

SUBREPTICE. *V.* l'article *Obreptice.*

SUBROGATION. C'est l'action de mettre une chose à la place d'une autre chose, ou une personne à la place d'une autre personne.

On voit par là que cet article doit être divisé en deux. Nous parlerons d'abord de la Subrogation des choses, et ensuite de celle des personnes.

SUBROGATION DE CHOSE. « La Subrogation de chose (dit Renusson) est quand » une chose est subrogée à une autre, qu'elle » prend sa place, et qu'elle est réputée avoir » une même qualité que l'autre ».

Cette définition annonce clairement que la Subrogation de chose ne consiste que dans une fiction; car on peut bien feindre qu'une chose est la même qu'une autre, mais on ne peut jamais réaliser cette identité.

Les fictions légales sont de droit étroit; elles ne peuvent être établies que par la loi ou par des conventions que la loi autorise, et ce principe s'applique dans toute son étendue à la Subrogation.

Il n'est rien de si rebattu parmi les praticiens, que la maxime, *Subrogatum sapit naturam subrogati.* Toute chose subrogée à une autre, disent-ils à chaque instant, en a la nature et en représente toutes les qualités. Mais quels sont les cas où cette subrogation est opérée par la loi, quels sont ceux où la loi permet aux particuliers de la stipuler? C'est une matière que peu de personnes se mettent en peine d'approfondir; tâchons de l'examiner avec toute l'attention qu'elle mérite. Peut-être la présenterons nous sous une face qui paraîtra nouvelle à certains égards; mais au moins on ne nous accusera pas de chercher à renverser des points de coutume ou de jurisprudence solidement établis. Nous les respecterons au contraire à chaque pas que nous les trouverons opposés aux principes, et nous ne rappellerons ces principes que pour les maintenir dans les pays où ils n'ont pas encore reçu d'atteinte marquée.

On distingue communément deux sortes de titres à l'égard desquels il peut être question de savoir si les choses sur lesquelles ils portent, sont subrogées à d'autres. Les uns sont universels, les autres particuliers.

Section I. *De la Subrogation dans les titres universels.*

« Quand il s'agit d'universalité de biens et » de droits universels (dit Renusson), la Sub» rogation se fait *indistinctement*, et elle a » toujours lieu *de plein droit;* elle est natu» relle et conforme au droit commun ».

Lebrun dit la même chose; et ces deux auteurs ne sont, en cela, que les échos de Bartole, sur la loi 70, §. 3, D. *de legatis* 2°; et de Jean Favre (*Joannes Faber*), sur les institutes, titre *de actionibus*, §. *si fuerat.*

Une foule d'autres jurisconsultes souscrivent à cette doctrine. La Subrogation, disent-ils unanimement, a lieu de plein droit dans les actions universelles, *in judiciis universa-*

libus, telles que la pétition d'hérédité et la demande en délivrance de fidéicommis, *in petitione hereditatis et fideicommissi*.

Cependant, examinée de près et rapprochée du flambeau des lois, cette doctrine paraît, à bien des égards, évidemment fausse.

Et d'abord, comment la Subrogation aurait-elle lieu *indistinctement et de plein droit* dans une hérédité, tandis qu'il y a dans le Digeste, sous le titre même *de petitione hereditatis*, un texte qui la proscrit de la manière la moins équivoque ? C'est le §. 1 de la loi 25. En voici les termes, nous ne faisons que le traduire : « Si le possesseur d'une hé» rédité appartenant à autrui, a vendu une » chose qui en faisait partie, et que du prix » de cette vente il ait racheté une autre chose, » le prix seul entrera dans la pétition d'hé» rédité ; et la chose rachetée n'y tombera » nullement, parcequ'elle est passée dans le » patrimoine du possesseur ». On ne peut rien, comme on le voit, de plus clair que ce texte.

A l'égard du fidéicommis, la loi 70, §. 3, *D. de furtis*, et les suivantes, semblent, au premier coup-d'œil, décider que la Subrogation y a lieu de plein droit, et elles forment en effet toute la base de l'opinion des auteurs cités. Mais il est aisé de voir qu'ils en tirent de fausses conséquences.

Pour qu'on ne nous accuse pas d'en altérer l'espèce, empruntons, pour la retracer, les propres termes de Renusson.

« Cette loi parle d'un héritier institué qui » avait été chargé de restituer après son décès » l'hérédité, ou plutôt ce qui resterait alors » de l'hérédité, *quidquid ex hereditate superi*» *erit*. Cet héritier étant entré en posses» sion des biens de l'hérédité, vend dans la » suite des héritages de l'hérédité et en em» ploie le prix dans l'acquisition de quelques » autres héritages, ou acquitte ses dettes par» ticulières du prix des héritages vendus. On » demanda s'il y avait Subrogation, et si les » héritages que l'héritier institué, chargé de » restitution, avait acquis du prix des biens » de l'hérédité qu'il avait vendus, étaient sub» rogés aux héritages vendus, et si le fidéi» commissaire avait droit de demander les » héritages acquis, et de les revendiquer » comme subrogés aux héritages vendus, et » comme biens de l'hérédité que l'héritier ins» titué avait été chargé de restituer. Comme » aussi, supposé que l'héritier institué eût » acquitté ses dettes du prix des héritages de » l'hérédité par lui vendus, si le fidéicommis» saire pourrait lui demander la restitution » du prix qu'il aurait consommé ou employé » à l'acquit de ses dettes particulières. La ju» risconsulte répond qu'il est [illegible] » l'un et l'autre cas, d'en faire [illegible]

Si l'on examine bien l'espèce [illegible] loi, on s'apercevra aisément que la [illegible] voir s'il y a Subrogation des [illegible] aux choses vendues, n'est pas [illegible] principalement. Leur objet [illegible] consistance d'un fidéicommis [illegible] n'a fait tomber que sur ce [illegible] institué n'aurait pas aliéné [illegible] mort. Elles demandent si, [illegible] fidéicommis, c'est aliéner, [illegible] bien dont on remploie le prix, [illegible] un autre bien, soit à acquitter [illegible] on est chargé personnelle[illegible] cident qu'il n'y a point en [illegible] proprement dite, parcequ'[illegible] institué retient dans son [illegible] valent de ce dont il s'expropri[illegible] qu'elles en rendent elles-[illegible] *absumitur quod in corpore* [illegible] *netur* (1).

Ainsi, tout ce qui résulte [illegible] que, dans les cas dont elles [illegible] institué est considéré comm[illegible] s'il n'avait pas aliéné, et qu[illegible] est tenu de faire raison au [illegible] de la valeur des choses qu'il [illegible] donc abuser de ces textes, [illegible] qu'ils établissent une vérit[illegible] dans les fidéicommis univer[illegible]

Notre sentiment est confirmé [illegible] du parlement de Flandre, [illegible] rendu au rapport de M. [illegible] gissait de savoir si les acq[illegible] Marie Hériguer, de deni[illegible] biens fidéicommissés qu'[illegible] qui étaient, comme tels, [illegible] n'étaient pas subrogées [illegible] biens aliénés ; ou si, fau[illegible] expresse qu'elles avaient [illegible] placement, elles devaient [illegible] comme libres dans la per[illegible] selle Hériguer, et soumis[illegible] » cour..... (porte l'arr[illegible] » tous les biens immeubl[illegible] » tages de Gaspard Hérig[illegible] » à Marie Hériguer, sa [illegible] » contrat de mariage que [illegible] » sondit père du dern[illegible] » dans les ville et gouver[illegible] » été sujets au fidéicom[illegible] » testament, sauf sa lé[illegible]

(1) *V.* l'article *Substitu*[illegible] sect. 10, §. 9.

» conséquence les demandeurs des conclu-
» sions par eux prises contre les défendeurs,
» en qualité d'héritiers purs et simples de la-
» dite Marie Hériguer, en désistement des-
» dits biens; déclare la légitime de Marie
» Hériguer soumise à ce qui reste dû aux de-
» mandeurs, de l'obligation de trente-huit
» mille livres de gros, du 2 juillet 1641, de
» même que le tiers qui a appartenu à ladite
» Hériguer dans la ferme de Lamotte à
» Mande, *et les autres biens qu'elle peut*
» *avoir acquis de sa part des deniers sujets*
» *à remploi, sans faire mention dans les ti-*
» *tres d'acquisitions et d'œuvres de loi, que*
» *les acquisitions avaient été faites pour sui-*
» *vre la condition des héritages du testa-*
» *teur, conformément audit testament, etc.* ».

SECTION II. *De la Subrogation dans les titres particuliers.*

Les titres particuliers à l'occasion desquels peut s'élever la question de savoir si les choses qu'ils ont pour objet, sont ou peuvent être réciproquement subrogées les unes aux autres, sont la vente, l'échange, le partage et le bail à rente.

§. I. *De la Subrogation dans la vente.*

Sur la question de savoir si la Subrogation a lieu dans la vente, ou non, il faut distinguer si celui qui vend ou acquiert, a la capacité de disposer, ou s'il ne l'a pas.

ART. I. *Vente ou acquisition faite par une personne capable de disposer.*

I. Lorsque celui qui vend ou achète, a toutes les qualités requises pour disposer et aliéner, il n'y a Subrogation, ni du prix, ni de la chose achetée avec ce prix, à la chose vendue.

Cette proposition en renferme, comme l'on voit, deux très-distinctes; développons-les l'une après l'autre.

II. 1° *Point de Subrogation du prix à la chose vendue.*

Cette assertion est justifiée par plusieurs textes du droit romain, et, entr'autres, par la loi 48, §. dernier, D. *de furtis*, suivant laquelle l'argent provenant de la vente d'une chose volée, n'est point regardé comme furtif.

Lebrun, *Traité des successions*, liv. 2, chap. 1, sect. 1, n° 63, nous en fournit deux autres exemples. « Si je vends mon fief (dit-il), » quoique le prix en soit dû après ma mort, » mon aîné n'y aura aucun droit d'aînesse; ce » qui a lieu au cas même qu'il y ait terme » donné pour le paiement du prix, qui ne » serait pas encore échu, lequel n'empêcherait » pas que l'action pour le paiement du prix » ne fût une pure action mobilière, comme il » a été jugé par arrêt du 8 ou 18 janvier 1668, » au rapport de M. Petaut, à la troisième » chambre des enquêtes, entre Marie Brochard » et Claude Hermant ».

Cet arrêt avait été précédé d'un autre du 8 janvier 1611, rapporté par Leprêtre, dans les *arrêtés de la cinquième*, par lequel il avait été jugé « qu'une somme due à cause d'un » propre vendu, quoiqu'elle ne fût payable » qu'à un terme qui n'était pas encore échu, » devait être délivrée à l'héritier mobilier ».

C'est ce qu'a encore décidé un arrêt du 29 juillet 1738, rapporté par Denisart au mot *Propre*.

Il n'y a pas non plus de Subrogation, poursuit Lebrun, lorsque, « par le contrat de vente, » l'acheteur a constitué une rente pour le prix » du propre vendu; car cette vente est acquêt » dans la succession du vendeur; et il y en a » arrêt du 24 mars 1592, entre Marie de » Travers et Denis de Beauclerc ». Bardet, tome 2, liv. 6, chap. 31, en rapporte un semblable, du premier décembre 1637. Denisart, à l'endroit cité, nous en fournit un autre du 16 décembre 1738.

On a prétendu que la coutume d'Anjou était contraire à cette jurisprudence; mais c'était sans fondement. Par arrêt du 20 février 1660, rapporté au *Journal des audiences* et dans le tome 2 du recueil de Soefve, cent. 2, chap. 12, il y a été jugé, « en infirmant la sentence des » premiers juges, que les deniers procédans » de la vente d'un propre, étant encore dus » par l'acquéreur lors du décès de celui qui » avait vendu ledit propre, devaient apparte- » nir, comme meubles, à l'héritier des meubles » et acquêts, et non à l'héritier des propres ».

On opposait l'art. 296 de la coutume, suivant lequel les deniers de la vente d'un propre de communauté, qui sont encore dus à la dissolution du mariage, appartiennent à celui des époux du chef duquel le bien vendu était propre. Mais c'était tirer une mauvaise conséquence de cet article, et M. l'avocat-général Talon l'a très-bien fait sentir dans ses conclusions:

« Il faut observer (a-t-il dit) que cet article parle expressément du prix des héritages vendus par l'un des conjoints pendant leur communauté, qui est un cas particulier dans lequel cette disposition doit être renfermée, à l'effet que ce prix n'entre dans la communauté; et pour montrer que telle a été l'intention de la coutume d'Anjou dans cet article, c'est qu'il

est rédigé sous le titre *de la communauté de biens d'entre mari et femme*, et qu'il se sert de ces termes, *sera censé et réputé*, qui sont des termes de fiction, lesquels ne peuvent avoir lieu hors du cas particulier.

» Aussi, dans la coutume de Paris, quoiqu'il n'y en ait point de disposition expresse, la même chose est observée à l'égard du prix des héritages vendus par les conjoints, et dont les deniers sont dus par l'acquéreur au temps de leur décès, conformément à la note de Dumoulin, sur cet art. 296 de la coutume d'Anjou : *idem generaliter observandum Parisiis puto.* Et néanmoins hors de ce cas particulier et de celui dans lequel il s'agit des deniers dus aux mineurs, il est certain que ces actions ont toujours été jugées mobilières, et comme telles adjugées aux héritiers ou donataires des meubles dans la coutume de Paris ».

Enfin, cette jurisprudence est formellement consacrée par l'art. 12 du tit. 4 de la coutume d'Épinal, conçu en ces termes : « Les deniers » dus pour vente d'immeubles, soit d'acquêt » ou d'ancien, sont réputés meubles, et appar- » tiennent à celui ou ceux qui ont droit de » succéder les meubles ».

III. Mais n'y a-t-il pas une espèce de Subrogation dans le cas d'une vente qui est résolue par un réméré exercé après la mort de l'acheteur; et les deniers qui proviennent du rachat fait en vertu de la faculté que le vendeur s'était réservée, ne tiennent-ils pas, relativement aux héritiers de l'acheteur, la même nature que la chose même dont on les exproprie?

Cette question a partagé les plus grands jurisconsultes.

Dumoulin, sur l'ancienne coutume de Paris, tit. 1. §. 1, soutient l'affirmative; il a pour partisans, Renusson, *Traité des Propres*, sect. 10, Lebrun, à l'endroit cité, n° 55, etc.

Cette opinion a même été adoptée par un arrêt du parlement de Paris, du 18 août 1717, infirmatif d'une sentence du bailliage d'Amiens, au rapport de M. de Boistel. Par cet arrêt (dit Brunel, *Observations sur le droit coutumier*, chap. 6, n° 10), « il a été ordonné » que les deniers du remboursement de rachat » d'un fief, en vertu de la faculté de réméré, » appartiendraient à l'aîné des héritiers de » chaque acquéreur : et cela suivant les raisons » qu'on soutenait au procès, qu'il est de règle » que les successions doivent se partager dans » l'état où elles se trouvent; qu'un acquéreur, » quoiqu'à faculté de rachat, étant véritable » propriétaire, tant et si long-temps qu'icelui » rachat n'est point exécuté, il est bien natu- » rel que, venant à décéder pendant cet in- » tervalle, le fief acquis qui se trouve dans sa » succession, soit partagé comme fief entre ses » héritiers ».

L'opinion contraire est soutenue par Tiraqueau, *de jure primogeniturœ*, quest. [illegible], et l'on prétend qu'elle a été adoptée par quatre arrêts : le premier, du mois de mars [illegible], inséré dans le recueil de Louet, lettre [illegible], §. 30; le second, du 15 juillet 1589, [illegible] au même endroit; le troisième, rapporté sans date par Leprêtre, dans son recueil d'arrêts célèbres; le quatrième, du 2 août [illegible], cité par Boullenois, *Traité des Statuts personnels et réels*, tome 1, page 350.

Cette seconde opinion paraît, au premier abord, plus exacte que la première. Il est bien vrai (peut-on dire) que, dans la thèse générale, les successions se partagent dans l'état où elles se trouvent; c'est une règle que deux lois positives ne permettent pas de révoquer en doute. *Si de patrimonio quæritur, non substantia spectatur quam pater, cum moreretur, habuit.* (loi 79, D. *ad legem Falcidiam*). *Jus heredis eo vel maximè tempore [illegible] dum quo acquirit hereditatem.* (loi [illegible], D. *heredibus instituendis*). Mais ces maximes n'ont lieu que dans le cas où les droits du défunt étaient fixes et incommutables au moment de sa mort; car, dans tout ce qui est incertain et sujet à changer, on attend que l'événement décide (loi 43, D. *ad legem Falcidiam*), comme le dit d'Argentrée, art. [illegible], n° 4, lettre F, *si patrimonii cujusque [illegible] nutio facta est post mortem patris [illegible] causâ habente originem in vitâ testatoris [illegible] censetur in bonis ejus fuisse mortis [illegible] quod sic avulsum est.* De là il suit que dans notre espèce, on doit regarder le bien racheté comme n'ayant jamais appartenu au défunt, et que par conséquent on ne peut rien prétendre aux deniers qui le remplacent, une autre nature que celle qu'ils ont par eux-mêmes.

On peut ajouter que le remboursement fait par le vendeur qui rentre dans sa propriété, n'est pas autre chose que le paiement d'une dette subordonnée, il est vrai, à la condition du rachat, mais qui n'en a pas moins appartenu au défunt sous cette condition, et dû, par cette raison, suivre la loi du partage égal des dettes actives entre tous les héritiers.

Ces raisons ne sont cependant pas sans réponse.

D'abord, il ne faut pas considérer le droit de rachat comme une condition qui [illegible] suspens l'effet de la vente. Elle peut bien résoudre l'aliénation *ex post facto*, mais elle n'empêche pas, avant son exercice, que l'acte

leur ne soit considéré comme un vrai propriétaire; et la résolution qu'elle opère, n'a jamais d'effet rétroactif, du moins entre les parties contractantes. Dès-lors, pourquoi ne règlerait-on pas le partage des biens vendus de cette manière, suivant l'état où ils se trouvent au moment de l'ouverture de la succession? S'il pouvait rester là-dessus quelques doutes, un exemple bien analogue à notre espèce les dissiperait: « Il est certain (dit Renusson), et » cela se pratique ainsi tous les jours, que, si » une rente constituée se trouve dans une succession, et que le rachat s'en fasse après la » succession échue, les deniers du rachat appartiendront à celui auquel la rente aurait » appartenu; si la rente était propre, les deniers du rachat appartiennent à l'héritier des » propres: on regarde le temps que la succession était échue et que le droit était acquis ».

En second lieu, il est vrai que l'obligation du vendeur de rembourser le prix de l'achat en exerçant sa faculté de réméré, forme une véritable créance pour les héritiers de l'acheteur: mais peut-on dire que cette créance ait jamais appartenu à celui-ci, qu'elle se soit trouvée dans sa succession, et qu'elle doive, par là, se partager comme une chose qui eût été purement mobilière au moment lors de son décès? Non, sans doute; il dépendait de la volonté du vendeur de donner l'être à cette créance, ou de la laisser pour toujours dans le néant: sans le rachat qu'il a exercé, jamais elle n'eût existé. On ne peut donc la regarder comme quelque chose de réel, que depuis l'exercice fait par le vendeur de sa faculté de rachat; et, par une conséquence nécessaire, il n'est pas possible d'y appliquer la règle qui ordonne le partage égal des dettes actives de chaque succession entre les héritiers appelés par la loi ou par la volonté du défunt.

Les quatre arrêts qu'on oppose à cette décision, ne sont pas de fort grand poids. Louet fait entendre que, dans l'espèce du premier, il s'agissait moins d'une vente à faculté de rachat, que d'un contrat pignoratif, c'est-à-dire, d'un acte qui ne transfère aucune propriété à celui en faveur duquel il est passé. Le second est rapporté par Leprêtre, cent. 1, chap. 37, comme ayant jugé tout le contraire de ce que lui prête Louet. Le troisième est retracé sans date et sans circonstances et ne mérite par conséquent aucune considération. Le quatrième, enfin, n'a été rendu qu'après partage: et, ce qui prouve qu'aucun de ces arrêts n'a fait jurisprudence, c'est que celui de 1717, lors duquel on les citait tous, a proscrit nettement l'opinion dont ils formaient la base.

Au reste, on sent bien qu'il ne s'agit pas ici d'une Subrogation proprement dite. Si les deniers provenant du réméré d'un bien qui était devenu propre dans la personne de l'héritier de l'acheteur, ne passent point, par le rachat, à l'héritier des meubles, ce n'est pas qu'ils soient ni qu'ils puissent être considérés comme subrogés au propre dont ils sont le prix; mais c'est parceque l'héritier aux propres étant une fois saisi du droit réel et foncier, du vrai domaine, de la propriété absolue de l'héritage, il serait tout-à-fait étrange que les deniers fournis pour le retirer, ne lui appartinssent pas. Il ne sont point, pour cela, subrogés à la chose; mais ils proviennent de l'usage que le propriétaire fait de la chose même, et c'en est assez pour les lui assurer sans retour.

[[IV. Ces questions n'ont plus d'objet pour les successions *ab intestat*, depuis que l'art. 62 de la loi du 17 nivôse an 2 a fait cesser, en cette matière, toute distinction entre les biens meubles et les biens immeubles.]]

V. 2° *Point de Subrogation de la chose achetée, à celle dont le prix a servi pour l'acquérir.*

Parmi toutes les qualités à l'égard desquelles on peut demander s'il y a Subrogation de la chose rachetée à la chose vendue précédemment, choisissons celle de propre, comme la plus féconde en contestations sur cette matière.

Nous disons donc que, si un particulier vend un propre, non-seulement le prix qu'il en retirera, ne sera point propre de Subrogation dans sa personne, mais que, quand même il le remploierait en achat d'autres héritages, ces biens n'en suivraient pas moins dans sa succession la loi prescrite pour les simples acquêts.

Sur quoi, en effet, fonderait-on en ce cas une Subrogation?

Serait-ce sur la loi? Non, certainement: la loi est muette en cette partie, et son silence ne peut être regardé que comme exclusif de toute fiction qui tendrait à déranger l'ordre naturel des successions.

Peut-être même ne parlons-nous pas exactement, en disant que la loi est muette sur notre question. Un des textes cités plus haut, §. 1, semble la décider implicitement, lorsqu'il déclare que la chose acquise des deniers provenant de la vente d'un effet héréditaire, ne fait point partie de l'hérédité, mais appartient à celui qui a fait l'acquisition.

Prétendrait-on fonder la Subrogation sur la volonté de l'homme?

Mais d'abord peut-on supposer que cette volonté existe, quand on n'en aperçoit aucun signe extérieur?

En second lieu, quand cette volonté se manifesterait clairement, pourrait-elle subroger la chose achetée, à celle dont le prix en a procuré l'acquisition?

Examinons séparément chacune de ces questions.

V *bis*. La loi 23 D. *de adimendis legatis*, décide que le fonds acheté par un testateur des deniers qu'il avait légués, appartient au légataire; mais on ne peut pas dire, pour cela, que le fonds acquis des deniers provenant de la vente d'un propre, doit appartenir à l'héritier des propres; et, quoique, du premier abord, on puisse croire qu'il y a une parfaite analogie entre ces deux espèces, l'examen des motifs sur lesquels est fondée la décision de la première, nous fait clairement voir que cette décision ne peut pas s'appliquer à la nôtre. Pourquoi, en effet, la Subrogation a-t-elle lieu dans le cas de la loi citée? Parceque c'était la seule volonté du testateur qui avait donné l'être au legs; et comme le changement de volonté ne se présume point (loi 22, D. *de probationibus*), la volonté du testateur est censée avoir continué après l'emploi des deniers légués: au lieu qu'ici, ce n'était point la volonté de l'acquéreur qui avait imprimé la qualité de propre à l'héritage qu'il avait aliéné; c'était la loi seule. On ne peut pas dire qu'il ait été un temps où l'acquéreur ait voulu que cet héritage passât à ses héritiers de la ligne dont il venait, plutôt qu'à ses autres parens qui peuvent lui être plus proches; et, si l'on ne peut pas présumer que cette volonté ait jamais existé, on ne saurait supposer qu'elle ait continué dans le temps de l'aliénation et du remploi.

Sait-on même si, en aliénant un héritage qui lui était propre pour en acquérir un autre, il n'a pas voulu changer l'ordre de succession établi par la loi? Il est du moins aussi probable qu'il a voulu le changer, que le laisser tel qu'il était: l'héritier des propres ne peut donc pas se prévaloir d'une présomption plus forte que l'héritier des acquêts: or, dans cette position, en faveur de qui doit pencher la balance? C'est bien sûrement en faveur de ce dernier. Le parent le plus proche est appelé par la loi à la succession de tous les biens qu'elle répute acquêts; et certainement elle met, comme on vient de le voir, au nombre de ces biens, l'héritage acquis des deniers provenant de l'aliénation d'un immeuble. Or, il est de principe que, pour exclure un héritier appelé par la loi, il faut un titre, c'est-à-dire, une disposition de l'homme aussi claire que la loi même. Ici, l'héritier des propres ne peut invoquer qu'une présomption qui milite autant contre que pour lui, et qui, par conséquent, est incapable de faire cesser la disposition de la loi. C'est donc à l'héritier des acquêts que la préférence doit être accordée.

Coquille (sur la coutume de Nivernais, titre *des droits appartenant à gens mariés*, art. 31) est le seul auteur de nom qui ait critiqué ce sentiment; et son opinion, fondée sur la confusion qu'il faisait des propres de communauté avec les propres de succession, a été rejetée universellement.

VI. Mais, et c'est la seconde question que nous avons à résoudre, puis-je donner à un bien que j'achète la qualité de propre, en déclarant dans le contrat que telle est ma volonté, et que je ne fais que remployer le prix de la vente précédemment faite d'un propre?

Il y a, dans la Flandre flamande, plusieurs coutumes qui décident pour l'affirmative.

Celle du Franc-de-Bruges, *Livre de partage*, art. 32, porte que, « si, dans l'achat de » nouveaux conquêts, il est déclaré que le » bien servira de remploi, il aura lieu jusqu'à » concurrence du prix pour lequel le pre» mier bien a été vendu ».

On lit, dans le chap. 187 de la coutume de la châtellenie d'Ypres: « arrive-t-il qu'une » personne vendit son héritage avec la décla» ration expresse qu'il veut en remployer le » prix en autre héritage, et que, suivant ce, » il achète quelques autres héritages; en ce » cas, on partagera l'héritage nouvellement » acquis comme patrimoine ».

L'art. 5 du tit. 8 de la coutume de Bailleul, dit: « pour biens qui ont fait souche, sont » réputés, entr'autres, ceux acquis par rem» ploi de deniers procédans de la vente de pa» reils biens ».

Même disposition dans l'art. 302 de la coutume de Cassel: « le remploi sortira la na» ture de la rente ou de l'héritage vendu, et » tiendra le même côté et ligne ».

On trouve la même chose dans les coutumes de Termonde, de Poperingue, d'Audenarde, de Furnes; et c'est le droit commun de toute la Flandre flamande. Desjaunaux en rapporte un arrêt du 12 janvier 1695, rendu pour Bergues-Saint-Winock; Pollet, part. 3, §. 110, en fait aussi mention.

Si, de la Flandre flamande, nous passons

dans les autres coutumes, nous en trouvons six qui, aux yeux de Renusson, chap. 1, sect. 10, adoptent clairement la même jurisprudence : ce sont Bourbonnais, art. 239; Nivernais, chap, 23, art. 31; Sens, art. 277 et 286; Bar, art. 83; Blois, art. 164; et Melun, art. 225.

Mais Renusson a-t-il bien saisi le vrai sens et l'esprit de toutes ces coutumes? Ce qui nous en fait douter, c'est que, de tous les textes qu'on vient d'indiquer, il n'en est pas un seul qui ne soit placé sous un titre uniquement relatif aux intérêts des époux, et que tous ne parlent que des propres de communauté vendus pendant le mariage.

Du reste, Renusson soutient fortement qu'en général, et indépendamment de toute disposition coutumière, la déclaration de remploi doit subroger le bien acheté au bien vendu dans la qualité de propre. C'est aussi le sentiment de Tiraqueau, *de retractu gentilitio*, §. 32, n° 23.

L'opinion contraire ne manque point de partisans. Loyseau, *Traité des offices*, liv. 2, chap. 7, n° 54, va même jusqu'à dire que, « si un office héréditaire, ou une rente constituée, ou un domaine aliéné, propres, » sont rachetés au propriétaire, il ne peut pas » faire en sorte que les héritages qu'il achetera des deniers de ces rachats, soient remplacés en son propre, pour être déférés à » son héritier des propres, à l'exclusion de » celui des acquêts ».

Si, suivant cet auteur, un homme qui souffre malgré lui l'extinction de ses propres, n'en peut pas faire le remploi pour les conserver aux héritiers de la ligne à laquelle il en était redevable, à combien plus forte raison doit-on refuser cette faculté à un homme qui aliène volontairement?

On cite trois arrêts pour cette opinion, mais ils ne sont pas tous dans l'espèce.

Le premier est du 23 janvier 1625. Plusieurs arrêtistes le rapportent comme ayant jugé qu'une rente acquise par un particulier, avec déclaration expresse qu'elle lui tiendrait lieu de remploi d'un héritage propre qu'il avait vendu, ne laissait pas d'appartenir en succession à l'héritier des acquêts, privativement à celui des propres.

Mais, si l'on en croit Dufresne (*Journal des audiences*, liv. 1, chap. 37), le motif de cette décision a été le défaut de stipulation de remploi. Bardet, liv. 2, chap. 29, dit au contraire « que, par le contrat de constitution, il était » expressément dit et stipulé que la rente était » faite et créée de deniers provenus de la » vente de ses propres, voulant l'acquéreur » qu'elle sortît pareille nature ».

Brodeau, sur l'art. 225 de la coutume de Melun, s'explique tout autrement : « suivant » la décision de cet article (dit-il), il a été » jugé, en cette coutume, par arrêt du 23 janvier 1625, que, nonobstant que le remploi » eût été stipulé par le contrat de mariage, » ce néanmoins le mari, en vendant ses pro» pres, n'ayant point fait de déclaration, » quoique, huit ans après, en constituant une » rente, il eût déclaré que c'était des deniers » procédans de l'aliénation de ses propres, et » voulait que ladite rente lui sortît pareille » nature de propre, n'ayant point dit *et aux* » *siens de son côté et ligne*, cette rente ap» partenait aux héritiers des acquêts, et non » à ceux des propres ».

Le second arrêt, qui est du 14 juin 1633, n'est pas plus décisif sur notre question que le précédent. Bardet, tome 2, liv. 2, chap. 41, en détaille l'espèce fort au long; et l'on y voit très-clairement qu'il ne pouvait pas y avoir de Subrogation, même dans le système que l'on combat ici, puisque la déclaration de remploi n'avait été faite que par un testament postérieur à l'achat.

Le troisième arrêt est du 16 avril 1671. C'est le seul qui juge la question *in terminis*. Voici de quelle manière le fait en est rapporté au *Journal du Palais* :

« Nicolas Bailly, Bourgeois de Paris, décédé sans enfans et *intestat*, laissa sa succession à partager entre ses héritiers collatéraux paternels et maternels.

» Parmi ses biens se trouva une rente de 2,000 livres en principal, et un office de la valeur de 11,000 livres. Mais comme il avait acquis l'un et l'autre des deniers provenant de la vente de ses propres maternels, avec déclaration dans les contrats qu'il entendait que ces biens acquis tinssent lieu de propres à lui et aux siens de son côté et ligne, cela donna lieu à une contestation entre ces deux sortes d'héritiers.

» Les héritiers maternels prétendirent que cette rente et cet office leur appartenaient comme propres de leur côté et ligne; et les héritiers paternels soutenaient, au contraire, qu'étant de simples acquêts, ils y avaient seuls droit, comme se trouvant les plus proches parens du défunt.

» Le différend porté au châtelet, sentence contradictoire intervint sur appointement, le 12 juillet 1669, qui adjuge aux héritiers paternels les biens dont il s'agit. Appel, et le procès distribué à la cinquième chambre des

enquêtes, arrêt qui met l'appellation au néant avec amende et dépens (1) ».

La raison sur laquelle est fondée cette décision, paraîtra sans doute aussi lumineuse que décisive. Nous ne possédons nos biens que sous l'autorité de la loi; les qualités qu'elle leur imprime ne dépendent que d'elle; ce n'est point à nous qu'appartient le pouvoir de les changer. Or, un bien que nous achetons des deniers provenant de la vente d'un propre, est acquêt par sa nature et par la disposition de la loi; il ne nous est donc pas possible de le rendre propre.

A cette raison générale s'en joint une autre qui n'est pas moins convaincante. La qualité de propre produit deux effets : le premier est qu'elle rend le bien auquel elle est attachée, indisponible pour une certaine quotité, comme dans la coutume de Paris, ou, en certains cas, comme dans celle de Hainaut; le second, est qu'elle le défère en succession à un héritier plutôt qu'à un autre. Or, il est impossible que ni l'un ni l'autre de ces effets résulte de la déclaration de remploi faite par un acquéreur dans le contrat d'achat.

1° Quant à l'indisponibilité, il est de principe que personne ne peut s'imposer à soi-même une loi dont il ne puisse plus s'écarter dans la suite. *Nemo sibi legem dicere potest à quâ recedere non possit.* C'est la décision expresse de la loi 22, D. *de legatis* 3°. Ainsi, un testateur a beau renoncer, dans son testament, à la faculté de le révoquer, cette renonciation est illusoire et ne produit aucun effet; c'est ce que porte la même loi. Par la même raison, un homme ne peut s'ôter la faculté de disposer d'un bien disponible de sa nature. La loi 61, D. *de pactis*, le décide formellement. Pour qu'une pareille renonciation fût valable, il faudrait, suivant la loi dernière, C. *de pactis inter emptorem et venditorem*, qu'elle intéressât un tiers, et qu'il l'eût acceptée. Or, dans le cas de notre question, la déclaration de remploi, et la renonciation qu'elle renferme à la disponibilité du bien, n'intéressent point le vendeur avec qui seul le contrat est passé; elle ne peut donc pas opérer le moindre effet. [[*V.* l'article *Renonciation*, §. 1, n° 3.]]

2° Si une telle déclaration ne peut pas rendre le bien disponible, elle peut encore moins l'affecter aux héritiers d'une ligne exclusivement à ceux d'une autre. Les moyens qu'un propriétaire a de changer l'ordre de la succession, sont déterminés par la loi : ce sont les testamens et les donations entre-vifs. Cette vérité ne peut plus être révoquée en doute, depuis que l'art. 3 de l'ordonnance de 1731 l'a confirmée. Tout autre moyen est inutile et infructueux. Ainsi, une déclaration telle que celle dont il est ici question, n'étant point autorisée par la loi, ne peut pas produire l'effet que l'acquéreur aurait voulu en faire résulter : si son intention était de favoriser les héritiers de la ligne dont le propre aliéné était sorti, il devait, ou le leur conserver, ou disposer en leur faveur, par testament ou par donation, du bien qu'il avait acquis par forme de remploi, pourvu que la coutume le lui permît. Il ne l'a pas fait : c'est donc le cas de dire, *quod voluit non potuit et quod potuit noluit.*

Les moyens sur lesquels se fonde Renusson, ne sont pas difficiles à détruire.

Il critique d'abord le principe fondamental, que la qualité des biens ne dépend pas de la volonté des particuliers; et il apporte pour exemple du contraire les ameublissemens et les stipulations de propres qui se font dans les contrats de mariage. Mais la faveur si justement due à ces actes, a pu autoriser une exception aux principes, sans qu'on puisse la tirer à conséquence (1); et cela est si vrai,

(1) On citait, dans cette affaire, un arrêt remarquable du 22 juin 1607. Voici dans quels termes il est rapporté par Brodeau, lettre S, §. 10 :

« Un père vend un héritage féodal à lui appartenant de son propre, et déclare, par le contrat, qu'il voulait et entendait que les deniers provenant de la vente dudit héritage, fussent partagés féodalement entre ses enfans après sa mort, comme eût été ledit héritage.

» Le père acquiert, des deniers procédans de ladite vente, une rente constituée sur l'Hôtel-de-ville de Paris.

» Après son décès, l'aîné soutient la rente devoir être partagée noblement, tant à cause de la Subrogation, qu'en conséquence de la disposition particulière du père; les puînés, au contraire, que la qualité de noble, féodal ou roturier, est accidentelle; qu'elle est seulement donnée par la loi ou par la coutume: donc la destination ou disposition d'un particulier n'a pu faire qu'une chose, laquelle est roturière de sa nature, se pût partager féodalement entre ses héritiers.....

» La cour, en confirmant la sentence du bailli de Chartres, du 10 novembre 1605, ordonna, conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Le Bret, que la rente dont était question, se partagerait également entre les parties, nonobstant la disposition du père ».

(1) *Quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.* Loi 14, D. *de legibus.*

que les qualités fictives attribuées à des biens par un contrat de mariage, n'ont lieu qu'entre les époux. *V.* les articles *Ameublissement* et *Réalisation.*

Le second moyen de Renusson est que le cas proposé équipolle à un échange. On n'a pas fait un échange, dit-il, parceque l'occasion ne s'en est pas présentée; mais on a suivi une autre voie qui est aussi légitime, et dont l'effet doit être le même. Or, il est certain que la Subrogation a lieu dans l'échange.

Ma réponse est que l'échange n'est pas plus propre, de sa nature, à opérer la Subrogation, que la déclaration de remploi dont il s'agit ici. Si les coutumes ont attribué à ce contrat un effet particulier, celui de conserver au bien reçu la qualité de propre qu'avait le bien donné, c'est une fiction qui, comme toutes les autres, ne peut pas s'étendre au-delà du cas pour lequel elle a été introduite.

On nous opposera sans doute un arrêt du 4 août 1721, rapporté par Denisart, au mot *Propre :* mais il suffit d'en connaître l'espèce et les motifs, pour sentir qu'il ne contrarie nullement notre opinion.

L'espèce, la voici telle que la retrace l'auteur cité :

« Le sieur Sauvegrain, qui avait été forcé, en 1714, de recevoir des remboursemens de rentes propres à sa femme, employa les fonds qu'il reçut à cette occasion, en constitution de nouvelles rentes, avec déclaration (acceptée par elle) de l'origine des deniers.

» Après la mort de la dame de Sauvegrain, qui avait fait une légataire universelle, celle-ci prétendit que les rentes lui appartenaient, comme acquêts de la dame de Sauvegrain.

» L'héritière, au contraire, soutenait que la déclaration de l'origine des fonds avait conservé aux nouvelles rentes la qualité de propres qu'avaient les anciennes; et par arrêt du 4 août 1721, rendu au rapport de M. Páris, à la grand'chambre, les rentes furent jugées appartenir à l'héritière comme propres ».

Les motifs de cet arrêt sont dans les circonstances sur lesquelles il a été rendu.

1° Le remboursement des anciennes rentes n'avait pas été effectif; il n'avait consisté que dans un arrangement de finance; et il ne s'était fait, à proprement parler, qu'une conversion de deniers en d'autres deniers. On pouvait donc regarder les nouvelles rentes comme subrogées de plein droit aux anciennes, et conséquemment ne pas même exiger de déclaration de remploi. Cependant, et c'est ce qui fait bien voir que rien n'est plus éloigné de l'esprit général des lois, que d'admettre des Subrogations, il y a apparence que, sans cette déclaration, l'arrêt cité eût jugé tout différemment. « En 1698 (dit Denisart, au mot *rentes*), il se fit une opération de finance pareille à celle ordonnée » par l'édit du mois de décembre 1713; et la » déclaration donnée à ce sujet le 16 août » 1698, porte que *les rentes nouvellement constituées sur les aides et gabelles, au moyen du remboursement des anciennes, seront réputées acquêts; permet néanmoins, pour celles qui étaient propres, de les conserver en la même qualité de propres, en déclarant par les propriétaires que c'est leur intention, par le contrat de constitution ou par un acte séparé qui sera passé devant les mêmes notaires le jour de l'acquisition* ». S'il a fallu une loi expresse pour permettre aux particuliers, dans le cas même d'un remboursement forcé, d'attribuer à leurs rentes nouvelles la qualité de propres qui était attachée à d'anciennes rentes qu'un arrangement de finance obligeait indispensablement de convertir, il est bien clair que la faculté de changer à son gré la qualité de son patrimoine, n'est point dans la dépendance de l'homme.

2° Dans la succession de la dame Sauvegrain, la contestation n'était pas entre un héritier aux propres et un héritier aux acquêts, mais entre un héritier aux propres et un légataire universel; et l'on conçoit aisément la différence d'un cas à l'autre. Dans le premier, la loi opérant seule, la volonté de l'homme n'a rien à faire : c'est de la loi que l'héritier aux propres et l'héritier aux acquêts tiennent leurs droits respectifs; c'est par conséquent à elle seule à les régler. Dans le second cas, au contraire, l'un des contendans tient son legs de la volonté du testateur : il ne peut donc profiter que de ce qui lui est légué expressément; il n'a donc rien à prétendre à ceux des biens du testateur dont il est clair que celui-ci n'a pas voulu qu'il profitât. Or, dans l'espèce de l'arrêt du 4 août 1721, la Dame Sauvegrain, avait manifesté bien clairement, par sa déclaration de remploi, l'intention qu'elle avait de ne pas comprendre les rentes dont il était question, dans la classe de ses acquêts; c'en était donc assez pour les exclure du legs universel.

C'est ce qui a encore été jugé par deux arrêts du parlement de Flandre, des 27 mars 1771 et 16 mars 1776, dont voici l'espèce :

Le 5 avril 1748, la demoiselle Ballicq, de-

meurant à Cambrai, fait un testament olographe, par lequel elle laisse aux enfans d'Alexandre Canone, son frère utérin, *ses rentes et ses meubles qui seront vendus, pour l'argent être placé en rentes.* Par le même acte, elle lègue au sieur Ballicq, son cousin, mais à charge de substitution au profit des sieurs de Zevallos, tous les immeubles qu'elle possède, notamment une maison située à Cambrai, rue de la porte Notre-Dame, et une autre située au faubourg de la même ville, qu'on appelait *la Flamique.*

Huit mois après, elle vend la première de ces maisons; mais elle ne la vend point dans l'intention d'augmenter le legs des rentes fait aux enfans du sieur Canone, ni de diminuer le lot du sieur Ballicq; elle la vend moyennant une rente de 1,600 florins en capital, *laquelle*, dit le contrat, *tiendra la même nature que ladite maison.*

Le 23 février 1753, la demoiselle Ballicq trouve encore à propos de vendre la maison de *la Flamique :* le contrat porte qu'elle a reçu 1,200 florins, et que les 2,000 florins de surplus restent entre les mains des acquéreurs, pour en former une rente, *laquelle tiendra même nature de propre et d'immeuble que le fonds aliéné, le représentera comme un fonds subrogé dans la succession de la demoiselle Ballicq, et appartiendra, après sa mort, à ses parens paternels, conformément à son testament, codicille ou autre acte faisant foi de ses intentions.*

En 1754, la demoiselle Ballicq, fait un codicille, par lequel elle révoque l'institution qu'elle avait faite des enfans de son frère utérin pour ses héritiers mobiliers, et institue à leur place le sieur Ballicq, son cousin.

Mais en 1757, elle déclare, par un second codicille, que, vu le décès du sieur Ballicq, elle institue derechef les enfans du sieur Alexandre Canone pour ses héritiers mobiliers, et veut encore que ses biens provenant du côté des Ballicq, appartiennent aux sieurs de Zevallos, ses cousins.

La testatrice est décédée en 1759. Dix ans après, le sieur Canone d'Hezèque, l'un des légataires universels des meubles, a formé contre les sieurs de Zevallos, qui, jusqu'alors, avaient joui paisiblement des deux rentes dont on a parlé, une demande en revendication de l'une et de l'autre. Ses moyens étaient que les rentes constituées sont réputées meubles par la coutume de Cambresis; qu'ainsi, non-seulement elles appartiennent de droit à l'héritier des meubles, mais encore elles ne peuvent lui être enlevées par une déclaration de remploi, quelle qu'en soit l'étendue, parceque jamais un meuble ne peut être subrogé à un héritage. Il ajoutait qu'il ne pouvait pas y avoir de Subrogation dans le cas d'une vente, et que telle était la jurisprudence des arrêts, la doctrine des auteurs, et le cri du bon sens.

Ces raisons n'ont fait ni dû faire aucune impression. Par sentence de l'official-juge ordinaire de Cambrai, du 30 mars 1770, le sieur Canone d'Hezèque a été déclaré non-recevable et non fondé dans sa demande. Il en a appelé, mais inutilement; un arrêt du 27 mars 1771 a mis l'appellation au néant, avec amende et dépens. Le sieur Canone d'Hezèque ne s'est point rebuté : il a pris la voie de révision, et encore sans succès. Par arrêt du 6 mars 1776, rendu au rapport de M. Wacrenier, les chambres assemblées, il a été déclaré qu'erreur n'était point intervenue, et le sieur Canone d'Hezèque a été condamné à l'amende et aux dépens de la révision.

On demandera sans doute quels étaient les moyens des sieurs de Zevallos? Les voici tels que leur défenseur (M. Savary) les exposait :

« Ou la clause de remploi est bonne, ou la volonté de la testatrice vous est contraire : au premier cas, les rentes sont censées des biens propres auxquels vous n'avez pas de droit; au second, elles sont censées distraites de votre legs du mobilier, et assignées au sieur de Zevallos, sous la désignation des biens des Ballicq.....

» Il est donc important de connaître ici quelles ont été les intentions de la demoiselle Ballicq.

» Les sieurs Canone n'étaient pas ses plus proches héritiers; ils étaient précédés par leur père qui a profité des propres maternels; pour eux, ils ne sont que légataires universels des meubles; en cette qualité, ils doivent se borner aux meubles et effets qui leur ont été légués, et respecter les intentions de leur bienfaitrice à l'égard des autres biens et envers d'autres personnes.

» Si quelques arrêts ont jugé des déclarations de remploi sans effet, ce n'a été que sur la réclamation et en faveur de l'héritier légal. Il n'y a point d'arrêt semblable qui ait été rendu au profit de l'héritier testamentaire. Loin de là, les arrêts lui ont été contraires, sur ce principe, sans doute, qu'un héritier de volonté doit respecter la volonté même qui l'a gratifié.....

» De savoir en effet si un legs doit être plus ou moins étendu, c'est une question de volonté. Le testateur a-t-il voulu que son légataire profitât de cet objet, ou qu'il appartînt

à quelqu'autre ? Voilà le moyen de décision. Or, quand le testateur a fait déclaration que telle de ses rentes ne serait pas comprise dans la classe de ses meubles, il est sensible qu'il n'a pas voulu en disposer en léguant ses meubles. Il n'importe que sa déclaration soit dans un testament ou dans un autre acte ; c'est assez qu'il en conste sans équivoque, puisqu'il ne s'agit que de connaître sa volonté ».

Voyez ci-dessus la loi 23, D. *de adimendis legatis.*

[[VII. La question de savoir s'il y a Subrogation de la chose achetée à celle dont le prix a servi pour l'acquérir, n'a plus aucun intérêt dans les successions *ab intestat*, ouvertes depuis la loi du 17 nivôse an 2 : car l'art. 62 de cette loi a aboli, pour les successions *ab intestat*, toute distinction entre les propres et les acquêts, comme entre les meubles et les immeubles.]]

ART. II. *Vente ou acquisition faite par une personne incapable de disposer.*

I. Lorsque celui qui vend ou achète, n'est pas maître de ses droits et n'a pas la faculté de disposer, il se fait, dans certains cas, une Subrogation, soit du prix à la chose vendue, soit de la chose achetée à l'objet aliéné, soit enfin de la chose au prix.

Examinons chacune de ces trois espèces de Subrogation.

II. 1° *De la Subrogation du prix à la chose vendue par le propriétaire incapable de disposer.*

L'art. 94 de la coutume de Paris porte « qu'au » cas que les rentes qui appartiennent à des » mineurs, soient rachetées pendant leur » minorité, les deniers du rachat ou le » remploi d'iceux en autres rentes ou héri» tages, sont censés de même nature et qua» lité d'immeubles qu'étaient les rentes ainsi » rachetées, pour retourner aux parens du » côté et ligne dont lesdites rentes étaient » procédées ».

Cette disposition n'est point particulière à la coutume de Paris : on la trouve encore dans plusieurs autres, et notamment dans celles d'Orléans et de Normandie, qui ajoutent, art. 351 et 513, que *le semblable aura lieu pour deniers procédans de la vente d'héritages des mineurs* ou *de rachat des héritages qui leur ont été retirés.*

Mais doit-on étendre cette disposition aux coutumes muettes ?

Le point d'où il faut partir, est qu'on ne trouve ni dans les lois romaines, ni dans les ordonnances du royaume aucune trace de la fiction qu'elle établit. La règle que toute succession doit être partagée dans l'état où elle se trouve au moment de son ouverture, est générale. Il n'y a pas de texte dans le corps de droit qui la limite aux successions des majeurs ; et l'on sent qu'une pareille restriction ne peut être introduite que par une loi expresse.

C'est ce que Brodeau (sur la coutume de Paris, art. 94, n° 19) confirme de la manière la plus positive :

« Cette décision de la coutume (dit-il), comme dans un droit nouveau, n'est que *pour l'avenir et sans préjudice du passé*, comme porte le procès-verbal de la nouvelle homologation ; et suivant ce, jugé qu'elle n'avait point lieu pour ce qui avait été fait pendant l'ancienne coutume.

» L'espèce de l'arrêt était qu'un père décéde laissant un fils mineur, auquel la mère survivante est élue tutrice ; pendant la tutelle, elle reçoit le rachat de deux rentes qui étaient des propres paternels. Six mois après, et avant qu'il y eût aucun remploi fait, le mineur décède. Procès entre l'oncle, héritier des propres paternels, et la mère, héritière des meubles et acquêts. Par arrêt du jeudi 28 juillet 1575, la cause est appointée ; et depuis, arrêt confirmatif de la sentence du châtelet de Paris, prononcé en robes rouges par M. le président Séguier, le vendredi 12 mai 1581 : les deniers dudit rachat ont été adjugés à la mère, comme héritière mobilière, elle déchargée du remploi requis par l'oncle.

» Cet arrêt est aussi rapporté par Bacquet, *Traité des Droits de Justice*, chap. 21, n° 308, où il cite un pareil arrêt, donné au profit de madame la présidente de Vialart ; et dit que le contraire ne s'observe que depuis la réformation de la coutume ».

III. L'art. 94 de la coutume de Paris, et les textes des coutumes de Normandie et d'Orléans qui y répondent, ne parlent que des mineurs : mais ne peut-on pas les appliquer aux majeurs interdits pour démence ou prodigalité ?

On cite pour la négative, six arrêts du parlement de Paris, des 1er juillet 1686, 17 mars et 1er septembre 1690, 14 mars 1696, 18 décembre 1702 et 30 juin 1738.

Mais l'additionnaire de Renusson, *Traité des Propres*, chap. 1, sect. 10, prouve assez clairement que les trois premiers sont étrangers à la question ; à l'égard des trois autres, il ne faut, pour en établir le bien-jugé, que rappeler le principe qui nous a servi de boussole sur la question précédente. Il y a bien

parité de raison entre les mineurs et pour les interdits ; mais pour étendre à ceux-ci la fiction que la coutume a introduite par rapport aux premiers, il faudrait une loi : *quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

Il en serait autrement dans les coutumes de Hainaut et de Valenciennes. Ces lois, en adoptant la fiction dont il s'agit, ne la bornent pas aux mineurs : elles en font une règle commune à tous les incapables d'aliéner. Voici ce que porte la première, chap. 122, art. 18 : « Tous deniers de rachat d'héritages » ou rentes, nantis en main de justice, à cause » que l'*héritier* (1) ne serait puissant de les » recevoir, devront être remployés pour te- » nir la même nature et condition de l'héri- » tage ou rente rachetée ; et n'étant rem- » ployés, devront être réputés pour héritage » tenant la même nature et essence ».

IV. La défense faite aux époux de s'avantager, emportant une espèce d'incapacité d'aliéner leurs propres respectifs sans en remployer le prix, il en résulte, pour le cas où le remploi n'a pas été effectué pendant la communauté, une Subrogation légale du prix à la chose dont il provient.

Mais cette Subrogation n'étend pas ses effets aussi loin que celle qui est établie par les articles cités des coutumes de Paris, d'Orléans, de Normandie et de Hainaut : bornée aux époux entr'eux, jamais on ne la considère entre les différens héritiers que laisse un mari ou une femme ; et l'action qu'elle produit, appartient toujours au parent le plus proche, sans égard à la ligne d'où venait le propre aliéné.

V. Pourquoi cette différence ? Le voici : L'espèce d'incapacité dans laquelle sont deux époux d'aliéner leurs propres respectifs, sans en remployer le prix, n'a qu'un seul objet : c'est d'empêcher les avantages indirects et frauduleux qui résulteraient de ces liénations. Du reste, dès qu'ils ont les qualités requises par le droit commun et par la coutume pour aliéner, ils peuvent le faire au préjudice de leurs héritiers. Un mari peut donner ses propres à un étranger ; une femme en peut faire autant avec l'autorité de son mari ; et à plus forte raison preuvent-ils tous deux changer la nature de leurs biens par rapport à leurs héritiers. Dès que l'un ne s'enrichit pas des biens de l'autre, la loi est satisfaite ; elle n'en demande pas davantage.

Il n'en est pas de même de l'espèce d'incapacité dans laquelle les dispositions citées des coutumes de Paris, d'Orléans, de Normandie, de Hainaut et de Valenciennes, placent respectivement le mineur, l'interdit et le veuf avec enfans, de changer la nature de leurs biens. Ce n'est pas seulement en faveur du mineur, de l'interdit, du veuf avec enfans qu'elle est établie ; elle l'est encore et elle l'est principalement en faveur des héritiers de celui qu'elle frappe. La subrogation qui en résulte, ne peut donc pas être limitée à sa personne ; elle doit donc s'étendre jusqu'à sa succession.

VI. Mais de là faut-il conclure que la fiction dans laquelle consiste cette Subrogation, est perpétuelle ? Non : elle s'étend, comme on vient de le dire, jusqu'aux héritiers de l'incapable, mais elle se consomme dans leur personne, et n'a plus d'effet à l'égard des héritiers qu'ils laissent eux-mêmes à leur décès. C'est ce que pensent Brodeau, Lemaître, Duplessis, Auzanet sur la coutume de Paris, Lalande sur celle d'Orléans, et une foule d'autres auteurs.

Duplessis et Ricard exceptent de cette décision le cas où le mineur a pour héritier un autre mineur. Alors, disent-ils, la Subrogation se continue dans la personne de l'héritier ; et les deniers qui en sont l'objet, tiennent, dans la main de celui-ci, la même nature d'immeubles fictifs, que dans celle du défunt. Cette opinion a été adoptée par M. de Lamoignon, dans ses *Arrêtés*, titre *Quels biens sont meubles*, art. 54.

On cite même deux arrêts qui la confirment : l'un, du 2 août 1636, rapporté par Brodeau, lettre O, §. 5 ; l'autre, du mois de mai 1744, par lequel (dit l'additionnaire de Lebrun, liv. 2, chap. 1, sect. 1, n° 79) « il a » été jugé que la fiction de propre se soutient » en la personne du second mineur, et que » son héritier des propres succède au prix du » remboursement fait au premier mineur ».

Sur quoi peut donc être fondée cette doctrine ? C'est, disent Ricard et Duplessis, que « la fiction n'est pas introduite à cause de la » chose, mais de la personne ». Mais cette raison est bien futile. La fiction dont il s'agit, n'a point d'autre objet que d'empêcher la personne de changer la chose de nature. Or, dans la personne de l'héritier mineur, les deniers de la vente que le défunt aussi mineur, avait faite de ses propres, n'ont jamais été que meubles ; et en demeurant tels, ils ne

(1) Ce mot est ici synonyme de *propriétaire*. *V.* l'article *Héritier*.

souffrent aucun changement. Comment donc pourrait-il y avoir ici lieu à une Subrogation?

« Ce serait (dit le président Espiard sur l'endroit cité de Lebrun) étendre le cas porté dans l'art. 94 de la coutume de Paris, à un cas non exprimé. Ferrière, art. 94, gl. 9, n° 10, apporte encore une autre raison, qui est que, quand un mineur succède à de simples deniers, la minorité ne les rend pas immeubles.

» On sait d'ailleurs que cet art. 94 a été nouvellement ajouté, qu'il est contre le droit commun, et qu'il serait contre toutes les règles de lui donner effet dans des cas différens auxquels les réformateurs n'ont jamais pensé, n'ayant eu d'autre vue que d'empêcher que le tuteur, en recevant les rentes des mineurs, ne pût intervertir l'ordre des successions, ce qu'il n'y a pas à craindre lorsqu'un mineur succède à un autre mineur. Lecamus, sur le même art. 94, §. 5, est aussi de ce sentiment ».

VII. Lorsque la personne dont l'incapacité avait donné lieu à la Subrogation, devient capable avant de mourir, par exemple, lorsque le mineur est une fois parvenu à l'âge de majorité, ou que le veuf, en Hainaut, perd tous ses enfans, la Subrogation s'évanouit, les deniers retombent pour toujours dans la classe des meubles, et ils ne peuvent plus être réclamés que par l'héritier mobilier.

VIII. 2° *De la Subrogation de la chose achetée, à celle qui a été vendue par l'incapable.*

Tout ce qu'on a dit sur la Subrogation du prix à la chose vendue par l'incapable, reçoit ici une application directe et entière. Il est inutile de nous répéter.

Nous observerons seulement une différence que Duplessis met entre le cas où les deniers provenant de la vente qu'un mineur a faite de son propre, n'ont pas été employés pendant la minorité, et celui où l'emploi en a été fait. Dans le premier cas, il convient, avec tous les autres auteurs, que les deniers cessent, à l'instant même de la majorité, d'être réputés propres; mais il prétend que, dans le deuxième, la Subrogation produit un effet perpétuel, tant en majorité qu'en minorité.

Cette assertion méritait bien d'être prouvée; Duplessis l'a cependant laissée sans preuve. Pour moi, je ne vois dans la Subrogation que cet auteur prétend être perpétuelle, qu'une simple fiction introduite en considération de la minorité, et qui, par cette raison, doit cesser avec elle, suivant le principe, qu'une fiction de droit ne peut recevoir aucune extension au-delà du cas pour lequel elle a été établie.

Je trouve même dans le *Journal des Audiences*, un arrêt du 1er juillet 1686, qui l'a ainsi jugé. Jacques Chauvel de Tenay n'avait que treize ans, lorsque, par la mort de son père, il tomba sous la tutelle de sa mère. On lui remboursa pendant sa minorité quelques rentes qui lui étaient propres, et sa tutrice en fit aussitôt le remploi en autres rentes. Devenu majeur, il se maria; depuis, il fut interdit pour démence; et pendant son interdiction, on lui remboursa quelques-unes des nouvelles rentes. Après sa mort, les héritiers des propres réclamèrent les deniers de ces remboursemens, comme provenant de rentes réellement propres. Les héritiers des meubles et acquêts soutinrent, au contraire, que ces deniers étaient meubles, parceque le défunt étant devenu majeur depuis les constitutions, la Subrogation avait cessé de plein droit; et c'est ainsi que l'arrêt l'a décidé.

Il y a dans le recueil de Pollet, part. 2, §. 76, un arrêt du parlement de Flandre, qui juge quelque chose de semblable pour la coutume de Hainaut. Il s'agissait de savoir si la Subrogation opérée dans un remploi par l'incapacité d'un veuf avec enfans, se consomme dans le premier degré de succession, ou si elle est perpétuelle. L'arrêt a embrassé le premier parti; en voici l'espèce.

Le sieur Desmaisières, veuf avec enfans, ayant reçu le remboursement d'une rente qui lui était propre, et qu'il tenait en fief, parcequ'elle était hypothéquée sur un fief situé à Valenciennes (1), en avait remployé le capital dans l'acquisition d'une rente pour laquelle il n'avait point pris d'hypothèque. A sa mort, cette nouvelle rente était passée à son fils, et celui-ci l'avait transmise en mourant, à Silvain Gonzalèz d'Almeda, son neveu, qui en avait disposé par testament au profit de son père.

Le sieur de Voërden, son héritier aux propres, attaqua cette disposition comme contraire à l'art. 1 du chap. 32 des chartes générales qui déclare les fiefs indisponibles par testament. Il disait, pour justifier l'application qu'il faisait de ce texte à sa cause, que la rente en question était subrogée à une rente féodale et propre; et de là il concluait qu'elle devait suivre la loi des fiefs, et tenir nature de propre dans la succession du défunt.

On lui répondit que la Subrogation introduite par l'art. 18 du chap. 122 des chartes

(1) *V.* l'article *Rente constituée*, §. 11, n° 1.

générales, était attachée à la condition de la personne à qui l'aliénation était défendue; que son unique objet était de conserver les biens à l'héritier immédiat; qu'elle avait produit tout son effet en faisant passer la rente au fils du sieur Desmaisières; que la condition dont cette fiction était la suite, ne s'étant plus rencontrée dans la personne du fils, la rente ne devait plus être considérée comme procédant de la succession du père, mais de celle du fils: qu'enfin, la Subrogation n'étant introduite qu'en faveur des héritiers de l'incapable, ce serait choquer les premiers principes que de la tourner à leur préjudice et d'en tirer un moyen de les rendre eux-mêmes incapables.

Par arrêt du 28 juin 1709, le sieur de Voërden a été débouté de sa demande.

Il faudrait cependant en décider tout autrement à l'égard du remploi que certaines coutumes ordonnent, non par des motifs qui tiennent plus ou moins à la condition de la personne, mais par le seul désir de conserver les propres dans les familles. La Subrogation qui s'opère par ce remploi, étant fondée sur des conditions générales et perpétuelles, il est clair que son effet ne peut, ni être borné à certains cas, ni renfermé dans un espace de temps limité. Ainsi, en Artois et dans les autres coutumes retracées à l'article *Nécessité jurée*, le bien acquis par remploi d'un propre aliéné, doit être regardé, dans tous les degrés de succession, comme un propre du même côté et ligne qu'était le bien vendu.

XI. C'est une question si les biens acquis par une personne frappée d'une des espèces d'incapacités qui donnent lieu à la Subrogation, sont subrogés de plein droit et sans stipulation, à ceux qui ont été aliénés auparavant, jusqu'à concurrence du prix des aliénations.

Deghewiet (*Institutions au droit Belgique*, tome 1, page 298, édition in-12) cite un arrêt du parlement de Flandre, du 10 mai 1690, comme jugeant pour l'affirmative; mais on ne voit pas dans quelle circonstance a été rendu cet arrêt.

Stockmans, §. 60, en rapporte un rendu en révision au conseil souverain de Brabant, le 16 mars 1653, qui a jugé qu'un héritage acheté par un mari, peu de temps après l'aliénation qu'il avait faite, était subrogé à l'héritage aliéné, sur le seul fondement que l'identité du prix et le peu d'intervalle de temps qui s'était écoulé entre la vente et l'achat, faisaient assez présumer que l'intention du mari avait été de subroger le bien acheté au bien vendu, ainsi que l'enseigne Coquille dans ses *Questions*, §. 145.

Voici une autre espèce où l'on a encore admis la Subrogation de plein droit. Un homme qui n'était pas marié, possédait dans la coutume du chef-lieu de Mons, des biens que sa qualité de célibataire rendait indisponibles. Il en aliéna cependant pour 3000 livres, et il fit ensuite des acquêts pour une somme plus considérable, mais sans déclarer que c'était à titre de remploi. Il mourut, laissant pour légataire universelle de ses meubles, la veuve de son frère, et pour héritiers de ses immeubles, ses neveux, enfans de ce dernier. Les neveux prétendirent obliger leur mère de faire, avec l'argent qu'elle avait trouvé dans la succession mobilière, le remploi des propres aliénés par le défunt. La mère soutint que les acquêts faits par celui-ci, devaient servir de remploi. On consulta trois avocats de Mons; et ils répondirent en faveur de la mère, d'après quelques arrêts du conseil souverain de Hainaut, qui l'avaient ainsi jugé (1).

Mais toutes ces décisions sont-elles bien régulières et bien conformes aux principes? Je ne le crois pas.

Pour commencer par le remploi des propres de communauté, Renusson, Lebrun, Duplessis, Lemaître, Bourjon, Christin, Zœzius, Voët, Wesel, à-Sande, Rodemburg, en un mot, tous les auteurs français, flamands et hollandais, conviennent unanimement, et l'art. 242 de la coutume de Bruxelles décide, que les biens achetés pendant la communauté, ne sont subrogés aux biens aliénés précédemment, que lorsqu'il y en a une déclaration expresse dans le contrat d'aliénation et dans celui d'achat: encore faut-il, lorsqu'il s'agit d'héritages propres à la femme, qu'elle accepte formellement le remploi. C'est ce qu'ont jugé plusieurs arrêts rapportés par Louet, Leprêtre, etc., et la raison en est simple: les Subrogations ne consistent que dans des fictions; or, des fictions peuvent-elles, dans les cas où il est permis de les stipuler, être suppléées par des présomptions ou des conjectures? Non, assurément.

On objectera peut-être les lois 26 et 27, D. *de jure dotium*; mais c'est sans fondement. Pour en bien juger, il faut avoir sous les yeux les termes de ces lois et de la précédente.

25. *Si ei nuptura mulier, qui Stichum debebat, ità cùm eo pacta est,* pro Sticho quem

(1) *Consultations de Waymel du Parcq*, page 31.

mihi debes, decem tibi doti erunt, *secundùm id quod placuit rem pro re solvi posse, et liberatio contingit, et decem in dotem erunt, quia permutatio dotium conventione fieri potest.*

26. *Ità; constante matrimonio, permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecuniâ in rem, aut re in pecuniam, idque probatum est.*

27. *Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur.*

Les docteurs se sont mis l'imagination à la torture pour concilier la dernière de ces lois avec une foule d'autres qui décident nettement que l'héritage acheté des deniers provenant de la vente de biens dotaux, n'est point dotal. Ils auraient épargné beaucoup de papier, s'ils avaient considéré la liaison qui est entre cette loi et les deux précédentes. Dans l'espèce de la loi 25, il se fait une Subrogation avant le mariage par une stipulation entre les futurs époux; et le jurisconsulte en établit la légitimité par cette raison, *quia permutatio dotium conventione fieri potest.* La loi 26 dit immédiatement après, qu'on peut, de la même manière, échanger la dot pendant le mariage : *ità constante matrimonio, permutari dotem dicimus.* Le mot *ità* annonce évidemment que la Subrogation s'opère dans le cas de cette loi, par le même moyen que dans l'espèce de la loi 25. Or, dans celle-ci, elle ne doit son existence qu'à une convention expresse; elle ne s'opère donc pas de plein droit dans la loi 26. *V.* l'article *Dot*, §. 10.

A l'égard des propres de succession, il est certain que le remploi n'en peut être censé fait dans les coutumes qui l'ordonnent, qu'en vertu d'une clause expresse et spéciale. C'est ainsi qu'on le juge en Artois, dans la Flandre flamande, et partout où l'aliénation des propres n'est permise que moyennant l'une des trois voies dont on a parlé aux mots *Nécessité jurée.*

X. Il n'y a qu'une province où l'on suit là-dessus des règles un peu différentes : c'est celle de Hainaut. L'art. 53 de la coutume de Valenciennes et l'art. 18 du chap. 122 des chartes générales veulent que le prix des aliénations faites par des incapables, soit consigné et remployé, sous l'autorité de la justice, en achat d'héritages qui remplaceront les biens aliénés. Il n'est pas douteux que l'observation de cette formule ne donne lieu à la Subrogation de plein droit. La coutume et les chartes générales ne prescrivent pas autre chose. Si une stipulation était nécessaire, l'une et l'autre n'auraient pas manqué d'en parler; leur silence forme, pour ainsi dire, la meilleure preuve qu'on puisse donner de son inutilité. En effet, à quoi servirait-elle? A manifester l'intention de l'acheteur de remplacer ce qu'il a aliéné. Or, peut-il la manifester plus clairement qu'en observant la forme que les lois ont prescrite pour donner lieu au remploi?

Mais si l'incapable, au lieu de faire consigner par l'acheteur le prix des aliénations qu'il fait, et de le remployer sous les yeux de la justice, le reçoit lui-même et le remploie de sa seule autorité, la Subrogation n'aura lieu qu'en vertu d'une stipulation insérée dans l'acte d'aliénation et répétée dans celui d'achat. Il doit en effet se trouver une différence entre le cas où la forme tracée par la loi a été remplie, et celui où elle a été négligée; et puisque la Subrogation a lieu de plein droit dans le premier cas, il est impossible qu'elle ait lieu dans le second sans une stipulation expresse.

Deux raisons viennent à l'appui de cette conséquence.

1° Les acquisitions faites par l'incapable, peuvent être le fruit d'autres deniers que ceux qu'il a retirés des aliénations antérieures; et à moins que le contraire ne soit prouvé par des déclarations formelles, on n'est pas obligé de le croire.

2° Quand même on présumerait qu'il ne fait que remployer le prix d'une vente précédemment faite, cela ne suffirait pas encore, parceque l'identité du prix ne prouve pas que l'intention de l'incapable soit de subroger l'héritage qu'il achète, à celui qu'il a aliéné : il doit savoir que les lois n'opèrent pas elles-mêmes la Subrogation du prix à la chose, ni celle de la chose au prix, et que, pour y déroger, il faut expliquer nettement l'intention qu'on a de le faire : ainsi, dès qu'il garde le silence, il est censé adopter la disposition de ces lois, et par conséquent vouloir acquérir un bien dont il puisse disposer, plutôt que remplacer un propre indisponible.

On objecte la loi 5, D. *de solutionibus;* mais c'est faire une mauvaise application d'un principe juste en lui-même. Cette loi parle d'un homme chargé de plusieurs dettes envers une même personne; et elle dit que, s'il paie sans spécifier la dette qu'il veut éteindre, il est censé vouloir imputer son paiement sur la dette la plus onéreuse, *in graviorem causam videri solutum.* Dans le cas de cette loi, le débiteur manifeste ouvertement la volonté qu'il a de payer; il n'y a d'incertitude que sur la dette qu'il a en vue. Ainsi, pour

l'appliquer à notre espèce, il faudrait que l'incapable annonçât une volonté générale de subroger, et que la question fût seulement de savoir s'il a voulu remplacer un héritage plutôt qu'un autre.

XI. On a mis en question, dans la coutume d'Artois, si un bien acheté avant la vente d'un propre, mais avec déclaration expresse qu'on entendait le subroger à ce propre qu'on avait dès-lors envie de vendre, pouvait être regardé comme valablement subrogé en vertu de cette seule déclaration.

Maillard, art. 76, nº 146, dit qu'un arrêt du 23 juin 1695 a jugé pour la négative, en infirmant une sentence du conseil d'Artois, du 22 juillet 1693. Par cet arrêt (ce sont ses termes), « la moitié du fief de la Caulerie a » été adjugée aux plus prochains héritiers » des acquéreurs, à l'exclusion de ceux de la » ligne de la femme d'où procédait une ferme » sise à Sailli-au-Bois en Artois, que le mari » et la femme avaient vendue après l'acquisi- » tion du fief de la Caulerie, sans spécifier » dans le contrat de vente, que le fief de la » Caulerie, qu'ils avaient acquis, leur tien- » drait lieu de cette ferme qu'ils aliénaient, » quoiqu'ils eussent déclaré dans le contrat » d'acquisition, que ce fief leur tiendrait » lieu de la ferme qu'ils avaient envie de » vendre ».

XII. 3º *De la Subrogation de la chose au prix, dans le cas d'une acquisition faite par une personne qui n'est pas maîtresse de ses droits.*

Cette Subrogation, la plus singulière de toutes les fictions établies en ce genre, est expressément admise par l'art. 17 du chap. 122 des chartes générales de Hainaut. Voici les termes de ce texte : « Les héritages et rentes » héritières tenues en alloets et mainfermes, » qui s'acquerront par manbours, tuteurs, » baillistes, testamenteurs et autres admi- » nistrateurs des deniers procédans de leur » administration ou testament, tiendront na- » ture et condition de biens meubliers; et » ceux auxquels lesdits deniers meubles » écherraient, y succéderont comme s'ils » étaient en nature; mais après qu'iceux » héritages ou rentes héritières seront ainsi » succédés et acceptés par lesdits succédans, » de là en après l'on y succédera comme à » autres héritages et rentes héritières ».

Cette disposition est absolument particulière au Hainaut. Plusieurs arrêts ont proscrit l'application qu'on avait tenté d'en faire à d'autres coutumes.

En voici un du parlement de Rouen qui est rapporté par l'auteur des nouvelles notes sur Basnage, tome 2, page 408 : « Une rente » constituée des deniers d'une mineure, ra- » chetée pendant son mariage, est un im- » meuble dont le remploi est dû sur les » biens de son mari; cela a été jugé par un » arrêt du 3 mars 1740, entre le sieur » Gautier, et le sieur Gohier, plaidans » Mes de Falaises et Le Courtois ».

Le recueil de Desjaunaux, tome 3, §. 78, nous présente un arrêt semblable du parlement de Flandre.

Jean Zivert quitte la ville de Tournai, où il était domicilié, et va s'établir à Gand. Après sa mort, Nicolas, l'un de ses enfans, tombé en démence; ses parens l'envoient à Tournai, où les échevins lui nomment un curateur : devenu majeur, il s'échappe de cette ville, et s'enfuit à Gand, où il est enfermé jusqu'à sa mort. En ce moment, procès entre Adrien-François Zivert, son frère, et le sieur Delvigne, son neveu. Le premier soutient que la succession mobilière doit être réglée par la coutume de Tournai, et qu'en conséquence elle lui est dévolue tout entière, comme plus proche parent du défunt, la représentation n'ayant pas lieu à Tournai. Le sieur Delvigne soutient au contraire que la coutume de Gand doit seule être considérée, attendu que le défunt étant en démence, n'avait pas pu contracter d'autre domicile que celui qu'avait son père au moment de sa mort; et demande en outre que les immeubles du Tournaisis, acquis par le curateur des deniers et épargnes de l'interdit, soient rangés dans la succession mobilière. Sur cette contestation, arrêt intervient le 12 août 1705, qui ordonne que la succession mobilière sera partagée entre les parties respectives par représentation, conformément à la coutume de Gand, et déboute le sieur Delvigne de sa demande en partage des immmeubles acquis par le curateur, et des deniers du défunt.

J'ai fait juger la même chose dans la coutume de Valenciennes. Voici l'espèce de l'arrêt, telle qu'on l'a rapportée dans la *Gazette des tribunaux*, tome 12, page 182 :

« Le sieur Lejuste et la demoiselle Limal étaient convenus, en s'épousant, que le survivant demeurerait propriétaire de tous les meubles, et de la moitié des conquêts de la communauté.

» Le sieur Lejuste, étant tombé en démence, sa femme fut nommée curatrice à son interdiction, et fit en cette qualité différentes acquisitions d'immeubles situés dans la ville de Valenciennes, domicile des conjoints.

» La dame Lejuste décéda la première, et

son mari la suivit de-près. Les deux successions ainsi ouvertes, procès entre le sieur Antoine Lejuste, héritier du mari, et le sieur François-Joseph Limal, héritier de la femme.

» Le premier soutenait qu'on devait réputer meubles et conséquemment lui déférer, comme saisi de toute la communauté mobilière, tous les biens-fonds que la femme avait acquis des deniers de la curatelle. Il se fondait sur l'art. 17 du chap. 122 des chartes générales de Hainaut.

» Le sieur Limal (pour qui j'écrivais) répondait que les chartes générales de Hainaut n'avaient aucun empire à Valenciennes, hors des matières féodales (1); et de là il concluait que l'article de ces lois qu'on lui opposait, ne pouvait être d'aucune considération dans la cause; qu'il ne fallait y faire attention qu'au droit commun; et que le droit commun laisse aux biens-fonds acquis des deniers d'un majeur interdit, leur qualité naturelle d'immeubles, etc.

» Arrêt du 5 avril 1780, au rapport de M. Le Boucq, qui confirme la sentence des prévôt, jurés et échevins de Valenciennes, par laquelle il avait été jugé..... que les biens acquis par l'épouse du sieur Lejuste, devaient être partagés comme immeubles et conquêts ».

Nous ne devons pourtant pas dissimuler qu'il y a, dans le recueil de Dufief, un arrêt du grand conseil de Malines, qui paraît avoir jugé le contraire :

« Il s'agissait de savoir si le curateur d'un insensé qui a acquis un fief avec les deniers de l'interdit, peut, après son trépas, hériter de ce fief par préciput, comme aîné.

» Le 24 décembre 1601, il a été jugé qu'un tel fief devait se partager en nature entre les héritiers paternels et maternels, s'il était partageable, ou par estimation, s'il ne l'était pas, sans avoir égard à la coutume où il était situé, parcequ'un tel curateur administre plutôt au nom des co-héritiers apparens, qu'au nom de l'insensé, qui est regardé comme mort ou absent, et que par conséquent il ne pouvait rien faire par où l'un serait plus avantagé que l'autre ».

On aperçoit aisément le faux du principe que Dufief donne pour base à cet arrêt. Sans doute s'il était prouvé que, dans l'emploi des deniers, le curateur eût moins consulté les intérêts de son interdit que les siens propres, la fraude dont il se serait rendu coupable, obligerait le juge de partager le fief comme une censive. Mais hors ce cas, le bien doit être partagé suivant sa vraie nature. Écoutons Brodeau sur l'art. 94 de la coutume de Paris :

« On a demandé si un oncle, tuteur de son mineur, fait un échange sans avis de parens ni autorité de justice, de rentes constituées, contre une terre et seigneurie située sous une coutume où le mâle exclud la femelle; quelques années après, le mineur vient à décéder, laissant pour ses héritiers ledit tuteur son oncle, et une sienne tante, laquelle soutient devoir succéder également au fief, comme elle eût fait aux rentes baillées en échange, n'ayant pas été au pouvoir du tuteur, pendant la minorité, de changer la nature et qualité des immeubles de son mineur, et échanger de son autorité privée des rentes constituées, contre un fief, à l'effet que le mineur venant à décéder sans enfans, comme il est arrivé, il y succédât seul, à l'exclusion de la tante.

» J'ai répondu que l'échange se trouvant convenable, utile et avantageux à la qualité du mineur, et fait sans conseil de fraude en un temps innocent et non suspect, l'événement, dans l'ordre troublé de la nature, ne doit pas être considéré pour empêcher que la succession ne se partage en l'état et selon la nature et qualité des biens qui se trouvent au jour du décès du mineur, l'intérêt duquel règle celui de ses héritiers, selon la doctrine de plusieurs arrêts, notamment l'arrêt *des Gayets*, que j'ai remarqué *suprà*; ce qui recevrait encore moins de difficultés si l'échange ou l'emploi des deniers en un fief avait été fait par avis de parens et décret de justice : mais l'utilité évidente ou l'avantage de l'échange supplée à ce défaut ».

[[XIII. Toutes ces questions sont sans objet pour les successions *ab intestat* ouvertes depuis la loi du 17 nivôse an 2. *V.* ci-devant, art. 2, nos 3 et 7.]]

§. II. *De la Subrogation dans l'échange.*

I. Suivant l'art. 143 de la coutume de Paris, « quand aucun a échangé son propre héritage à l'encontre d'un autre héritage, ledit héritage est propre de celui qui l'a eu par échange ».

On trouve la même disposition dans les coutumes de Melun, art. 141; d'Orléans, art. 385; de Cambresis, tit. 2, art. 6; de Calais, art. 153; de Montargis, chap. 16, art. 19; d'Amiens, art. 30; de Vermandois, art. 115; de Senlis, art. 231; de Reims, art. 36; d'Auxerre, art. 159; de

(1) *V.* l'article *Valenciennes*.

Sens, art. 38; de Troyes, art. 154; d'Etampes, art. 178; de Dourdan, art. 137; de Monfort, art. 166; de Mantes, art. 84; de Vitry, art. 115; d'Anjou, art. 273; de Berri, tit. 14, art. 14; de Bourbonnais, art. 162; du Maine, art. 290; du Grand-Perche, art. 189; de la Marche, art. 273; de Lorraine, tit. 9, art. 9; de Bassigny, art. 109; de Sédan, art. 33; de Bourbourg, rubr. 7, art. 10; de Furnes, tit. 10, art. 9; de Cassel, art. 257; de Popperingue, tit. 8, art. 22; de Bailleul, rubr. 7, art. 3; d'Alost, rubr. 12, art. 26; de Waes, rubr. 16, art. 14, etc.

II. La premiere chose que ces coutumes nous présentent à examiner, est de savoir si leur disposition est puisée dans les vrais principes, ou si elle ne doit pas plutôt son introduction aux erreurs de nos anciens praticiens.

La loi ne donne la qualité de propres qu'aux biens qu'elle nous a transmis elle-même par la voie des successions *ab intestat*, et on ne peut l'étendre à ceux que nous avons acquis nous-mêmes. Voilà le principe général.

Toutes les manières d'acquérir, considérées sous ce point de vue, sont absolument égales. L'homme doit aussi bien à son propre ministère les héritages qu'il possède en vertu d'un échange, que ceux qu'il tient à titre d'achat; et c'est une vérité reconnue de tout le monde, que le ministère de l'homme est incapable de produire des propres, si ce n'est dans les cas où il ne fait qu'aider la loi, comme dans les donations en ligne directe.

On oppose inutilement que le but de celui qui échange un propre, n'est point d'aliéner, mais de se procurer plus de commodité.

Il résulte bien de là, que cet homme ne veut pas convertir ses immeubles en argent; mais on ne peut certainement en conclure qu'il ne veut pas convertir ses propres en acquêts.

De l'aveu même des partisans de la Subrogation, échanger un héritage pour un autre, c'est la même chose que vendre et remployer. On ne vend et on ne remploie, dit Renusson, que parcequ'on ne trouve pas occasion de faire un échange. Or, il est aujourd'hui universellement reconnu que la Subrogation n'a pas lieu de plein droit dans le remploi du prix d'un propre aliéné: pourquoi donc aurait-elle lieu dans l'échange? Ceux qui ne sentent pas combien il est inconséquent de la rejeter dans le premier cas, et de l'admettre dans le second, n'ont qu'à penser à la connexité, et, pour ainsi dire, à l'identité qui règne entre le contrat d'échange et celui de vente. On sait qu'avant l'invention de la monnaie, tout le commerce se faisait par échange: *Origo emendi vendendique à permutationibus incepit*, dit la loi 1, D. *de contrahendâ emptione*. De là vient que les jurisconsultes romains étaient souvent en discussion pour savoir si tel contrat formait un échange ou une vente; le §. 1 de la loi citée, et le §. 2, Inst. *de emptione et venditione*, en fournissent des exemples; et c'est ce qui a fait dire aux empereurs Dioclétien et Maximien: *Permutationem utpotè reipsâ bonæ fidei constitutam, vicem emptionis obtinere non est juris incogniti.* (Loi 2, C. *de rerum permutatione*).

Ce qui démontre encore bien l'inconséquence qu'il y a d'admettre la Subrogation dans l'échange, c'est que, de l'aveu de tous les auteurs, cette fiction ne porte que sur la qualité de propre, et ne s'étend pas au-delà; de sorte que, si j'échange un fief propre contre un fonds censuel, ce fonds censuel me deviendra bien propre, mais il n'acquerra nullement la qualité de fief (1).

Qu'on leur demande la raison de cette différence? Ils répondront que la qualité de propre est extrinsèque à l'héritage qui en est affecté, au lieu que celle de fief lui est intrinsèque. C'est ainsi que s'explique Dumoulin sur l'art. 30 de l'ancienne coutume d'Amiens. Mais le moyen de concevoir cette distinction? La qualité de fief n'est certainement pas plus intrinsèque à un héritage que celle de propre. Si celle-ci vient de la loi, celle-là vient de la concession du seigneur; et assurément ces deux causes sont aussi étrangères l'une que l'autre à la nature même de l'héritage. La seule qualité qui lui soit intrinsèque, la seule qui dérive de son essence, c'est celle d'immeuble.

Quelques autres auteurs, il est vrai, ont donné des raisons plus plausibles de cette différence prétendue. Elle consiste, suivant Lebrun, en ce que la qualité de propre est accidentelle et se change à la volonté du possesseur, au lieu que celle de fief est permanente et passe avec l'héritage, en quelques mains qu'il puisse tomber. Renusson établit cette différence sur deux autres raisons: la première, que la qualité de fief intéresse des personnes tierces, c'est-à-dire, les seigneurs, au lieu que celle de propre ne concerne que le possesseur et ses héritiers; la seconde, que la Subrogation est de droit étroit et ne peut s'étendre d'un cas à l'autre.

(1) Les coutumes du Maine, art. 290, et d'Anjou, art. 273, en disposent autrement: elles veulent que l'héritage roturier, échangé contre un fief, soit partagé comme fief, mais dans le premier degré de succession seulement.

Mais que prouvent ces raisons? Elles font bien voir pourquoi les coutumes qui ont admis la Subrogation dans l'échange pour la qualité de propres, ne s'étendent pas aux qualités de fief ou de roture : mais elles ne montrent pas que la disposition de ces coutumes soit tirée des vrais principes : je crois même qu'elles prouvent le contraire. Car enfin, si le contrat d'échange produisait la Subrogation par lui-même, s'il ne fallait pas une loi spéciale et positive pour lui donner cet effet, cette Subrogation ne serait pas limitée à une qualité plutôt qu'à une autre : on ne distinguerait pas si cette qualité intéresse ou non des tierces personnes, si elle est intrinsèque ou extrinsèque, permanente ou passagère; toutes ces différences céderaient à l'empire de la Subrogation, parcequ'elle embrasserait tout. Si donc l'échange ne produit pas des effets aussi étendus, même dans les coutumes qui lui attribuent celui de conserver au bien reçu la qualité de propre qu'avait le bien donné, il ne doit, à la rigueur, en produire aucun de ce genre dans les coutumes muettes : et quand Renusson aurait voulu le démontrer, il n'aurait pas mieux réussi qu'il l'a fait, en disant « que la Subrogation est » une fiction qui est de droit étroit, et qui n'a » pas lieu hors le cas exprimé par la loi ». Si elle est de droit étroit, il est clair qu'elle ne peut pas plus être étendue au-delà du territoire des coutumes qui l'ont introduite, qu'au-delà des cas qu'elles ont exprimés. La raison est la même de part et d'autre; et la règle, *quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*, ne s'applique pas moins aux lieux qu'aux circonstances des choses.

Ainsi que la Subrogation fasse des propres, en cas d'échange, dans les coutmes de Paris et dans toutes celles qui en ont adopté la disposition, soit expressément, soit par un usage constant et bien établi, à la bonne heure; mais qu'on n'étende pas cette maxime aux pays qui, ne s'étant pas encore formé une jurisprudence semblable, ne doivent recevoir sur cet objet d'autre loi que celle des vrais principes.

C'est ainsi que le parlement de Flandre en a décidé par un arrêt de révision intervenu dans la coutume de Hainaut.

Parmi les biens que Bonne-Thérèse Caulier avait laissés à Pierre-Jean-François Desfontaines, par le testament dont on a parlé à l'article *Propres*, §. 10, il se trouvait quatre rasières de terres situées à Erchin, village de Hainaut, régi par les Chartes générales, qu'elle avait acquises moyennant l'extinction d'une rente dont elles étaient grevées à son profit, et qui était pour elle un propre de la ligne des Chopart.

A la mort du légataire, dernier de cette ligne, le sieur Ferdinand Desfontaines, son plus proche parent, entreprit de faire juger, comme on l'a dit à l'article cité, que tous les biens légués au défunt lui avaient été acquêts : mais dans la crainte de ne point réussir sur cette question principale, il en éleva une subsidiaire et soutint que les quatre rasières avaient été subrogées, dans la personne de Bonne-Thérèse Caulier, à la rente qui lui était propre du chef des Chopart; qu'elles avaient été possédées par le défunt comme propres de cette ligne; que la ligne étant éteinte, elles rentraient dans la classe des acquêts; et qu'elles devaient, par conséquent, appartenir au plus proche parent, qualité en laquelle il les revendiquait.

De son côté, Alexandre-Joseph Caulier soutenait que ces biens n'avaient point été subrogés à la rente en question; qu'ils avaient tenu nature d'acquêts à Bonne-Thérèse Caulier; et que par conséquent ils ne pouvaient appartenir qu'à lui, plus proche parent de la ligne de l'acquéreuse.

Telles étaient les prétentions respectives des parties. Il est aisé d'y entrevoir le véritable état de la question qu'il s'agissait de décider. Le contrat passé entre Bonne-Thérèse Caulier et le débiteur de sa rente, ne pouvait être qu'un échange; rembourser une rente, c'est placer sur soi-même; et par conséquent, céder un héritage pour l'extinction d'une rente dont il est chargé, c'est donner un immeuble pour en recevoir un autre. C'est ce qu'établit parfaitement Tiraqueau, *de retractu*, §. 1, gl. 14, n° 7 : *si teneas*, dit-il, *in terminis juris communis, statutum admittens consanguineos ad retractum rei venditæ simpliciter, habere locum in datione in solutum, id debes intelligere cùm datur fundus in solutum pecuniæ debitæ. Nam si in alterius speciei debitæ solutum daretur, nihil esset quod ad venditionem accederet; nam ut dicit ipse Bartolus*, CUM SOLVITUR SPECIES PRO SPECIE, EST QUÆDAM PERMUTATIO; *sed quandò solvitur species pro pecuniâ, est quædam emptio.*

En partant de ce principe, il est évident que le contrat passé entre Bonne-Thérèse Caulier et son débiteur, n'était pas autre chose qu'un échange; car celui-ci ne devait pas une somme d'argent, il devait *un droit réel et immobilier* (1); ainsi, en cédant l'hé-

(1) *V.* ce qu'on a dit à l'article *Rente constituée*, §. 11, n° 1, sur la nature des rentes en Hainaut.

rítage sur lequel ce droit était assis, il ne donnait point *species pro pecuniâ,* mais *species pro specie.*

Ce que dit encore Tiraqueau, au nº 117, n'est pas moins décisif. Il examine un article de la coutume de Touraine, qui admet le retrait dans le cas d'un héritage cédé pour l'extinction d'une rente à laquelle il était hypothéqué; et après avoir pesé cette disposition dans la balance du droit commun, il se rappelle les principes retracés dans le passage qu'on vient de transcrire, et s'exprime ainsi : *Et nisi ea consuetudo id ipsum expressìm statuisset, aliter fuisset dicendum per ea quæ diximus suprà,* nº 7, *præsertim cùm hac detur res immobilis pro alio immobili : ideò perindè est ac si fieret mutatio rerum immobilium cùm immobilibus.*

De tout cela, il résulte évidemment que, dans l'affaire des sieurs Caulier et Desfontaines, toute la difficulté était de savoir quelle est en Hainaut la nature d'un héritage reçu en contre-échange d'un propre; or, il a été décidé qu'il ne conserve nullement la qualité de celui-ci. Par sentence des échevins de Douai, les quatre rasières ont été jugées avoir été acquêts dans la personne de Bonne-Thérèse Caulier, propres naissans de son chef dans les mains de son héritier, et, comme tels, dévolus au sieur Caulier. Le sieur Desfontaines a appelé de cette sentence à la gouvernance de Douai, où il en est intervenu une autre qui l'a confirmée. Il y a eu un second appel de sa part au conseil supérieur, qui remplaçait alors le parlement de Flandre; et par jugement du 27 novembre 1772, l'appellation a été mise au néant. Enfin, sur sa demande en révision, le parlement de Flandre a déclaré, par arrêt du 20 novembre 1775, au rapport de M. Hennet, les chambres assemblées, qu'il n'était point intervenu d'erreur.

Cette décision, prononcée en très-grande connaissance de cause, est d'autant plus juste, que les lois de Hainaut semblent concourir avec les raisons développées ci-dessus, pour exclure la Subrogation du contrat d'échange. Il est vrai que Dumées, dans sa *Jurisprudence du Hainaut français,* part. 2, tit. 5, établit le contraire; mais son assertion est dénuée de preuves, et l'erreur en est palpable.

En effet, l'art. 7 du chap. 95 des chartes générales met en principe que le retrait a lieu dans l'échange, comme dans la vente; et c'est évidemment une preuve que, dans l'esprit de ces lois, l'échange ne transfère point à l'héritage reçu en contre-échange, la qualité de propre qu'avait l'héritage échangé. A quelle fin le retrait a-t-il été introduit, en Hainaut surtout? Uniquement pour conserver les propres dans la famille de ceux qui les ont acquis; on ne peut donc pas être admis à l'exercer, quand le propre n'est point sorti de la famille: et, par une conséquence nécessaire, toutes les fois que cette action est ouverte, on peut assurer que le propre n'existe plus dans la ligne de l'acquéreur. Ainsi, le retrait n'a point lieu, suivant les chartes générales, dans le cas d'une donation en avancement d'hoirie, faite par un père à son fils, parcequ'un acte de cette nature fait des propres, et les conserve, à l'instar de la succession *ab intestat;* mais il a lieu dans la même coutume en cas d'échange : pourquoi? Parceque l'échange fait sortir le propre de la ligne à laquelle il était attaché, et n'attribue pas à l'héritage reçu la qualité de propre qu'avait l'héritage échangé. Si la Subrogation était admise dans cette matière par les chartes générales, la qualité fictive de propre qui serait transférée à l'héritage reçu en échange, suffirait pour qu'on pût dire que le propre n'est point sorti de la famille, et par conséquent pour exclure le retrait. Car, dit Alteserra (*de fictionibus, tract.* 1, *cap.* 21), *tantùm operatur fictio in casu ficto, quantùm veritas in casu vero.*

On ne manquera pas de m'objecter qu'il arrive très-souvent qu'un propre sorte de la ligne, sans qu'il y ait ouverture au retrait, et réciproquement que le retrait ait lieu sur des biens qui ne sont pas propres de succession. En effet, suivant le droit le plus général, le retrait n'a lieu, ni en cas de vente à un lignager, ni en cas de donation, quoique le premier de ces contrats fasse toujours évanouir la qualité de propre, et que le second opère le même effet, quand il n'est point fait en avancement d'hoirie. D'un autre côté, le retrait a lieu sur un héritage qu'un parent de la ligne dont il procède, a d'abord acheté et ensuite revendu à un étranger, quoique ce parent l'ait possédé comme acquêt. D'où l'on conclura sans doute qu'on ne peut pas argumenter du retrait à la qualité de propre.

Deux réponses à cette objection.

D'abord je défie qu'on m'indique un seul texte des chartes générales qui exclue le retrait, lorsqu'un propre cesse de l'être, ou qui l'admette sur des acquêts. On a vu, à l'article *Don absolu,* que cette action peut s'exercer, en Hainaut, sur un bien aliéné par donation comme par vente, et que la qualité de lignager, dans l'acheteur ou le donataire, n'y fait pas obstacle. L'art. 3 du chap. 95 des

chartes générales fait toucher ces deux vérités au doigt et à l'œil. Le même texte prouve encore que l'héritage qui n'a pas été retrait sur le lignager, lorsque celui-ci l'a acheté, ne peut plus l'être sur l'étranger à qui ce lignager le revend; car il exige, pour l'ouverture du retrait, *que le fief soit venu au vendeur par succession.* Il est donc constant qu'il y a, en Hainaut, la plus grande analogie entre la théorie du retrait et celle des propres.

Ensuite, et pour parler suivant les principes du droit commun, j'avoue que, partout ailleurs qu'en Hainaut, ce serait raisonner très-mal que de dire : *tel héritage n'est pas sujet au retrait, donc il n'était pas propre à celui qui l'a aliéné;* ou *tel héritage est sujet au retrait; donc celui qui l'a aliéné, le possédait comme propre.* Mais je soutiens que, dans toutes les coutumes, c'est raisonner très-conséquemment que de dire, *tel héritage qui était propre à celui qui l'a aliéné, est sujet au retrait; donc la qualité de propre est sortie de la ligne.*

Une courte réflexion fera sentir cette différence. Le retrait, comme je l'ai dit, a été introduit pour conserver les propres dans les familles. Mais les coutumes n'ont pas toutes atteint le but qu'elles se proposaient en l'introduisant. La plupart ont imaginé deux conditions pour qu'il y eût ouverture à ce droit : l'une, que l'aliénation du propre fût faite à prix d'argent; l'autre, que cette aliénation, non-seulement effaçât la qualité de propre, mais encore fît sortir l'héritage de la ligne.

D'après la première condition, il est clair que la raison pour laquelle la plupart des coutumes excluent le retrait des donations et des échanges, est parcequ'il n'intervient point de prix dans ces actes.

Et il résulte de la seconde, 1° que, si le retrait n'a point lieu dans une vente faite à un lignager, c'est parceque, dans ce cas, l'héritage ne sort point de la ligne, quoiqu'il n'y conserve pas son ancienne qualité de propre; 2° que, si la revente faite par ce lignager, donne ouverture au retrait, c'est parcequ'elle fait sortir le bien de la ligne, quoiqu'elle n'efface point la qualité de propre, la première vente ayant produit cet effet à l'avance.

Il est donc vrai que le retrait ne s'exerce pas toujours sur les propres, et que quelquefois même il s'exerce sur des acquêts; mais il n'est pas moins certain qu'il ne peut avoir lieu dans les aliénations qui ne sont pas censées faire sortir les biens des lignes dont ils procèdent, et qui les y conservent même avec leur ancienne qualité de propres. La raison de cette différence est très-sensible : que le retrait n'ait pas lieu dans toutes les aliénations de propres, et que, par une conséquence nécessaire, il ait quelquefois lieu dans les aliénations d'acquêts, on ne peut l'attribuer qu'à l'imperfection des vues humaines : c'est que les coutumes n'ont pas rempli tout-à-fait le but qu'elles se proposaient en introduisant le retrait. Mais pour que cette action eût lieu dans une aliénation, qui, loin de faire sortir le bien de la ligne, n'efface pas même la qualité de propre, il faudrait, non pas que les coutumes n'eussent pas atteint leur but, mais qu'elles eussent été directement contre; car ce but étant de conserver les propres dans les familles, il serait absurde et contradictoire de permettre le retrait d'un bien qui n'est pas sorti de sa ligne.

Je puis donc le dire avec confiance, les chartes de Hainaut admettent le retrait en cas d'échange; donc l'échange ne produit pas la Subrogation dans cette coutume; donc l'héritage reçu en contre-échange, ne conserve pas la qualité de propre qu'avait l'héritage échangé.

III. Revenons aux coutumes qui en disposent autrement, c'est-à-dire, au droit le plus général des pays coutumiers. Nous avons déjà dit que la Subrogation n'y est admise dans l'échange, que pour la qualité de propre. Deux arrêts du parlement de Rennes vont nous apprendre avec quelle rigueur cette restriction est observée.

L'art. 543 de la coutume de Bretagne porte « qu'en succession collatérale, soit de » fils ou de fille, entre les nobles, l'aîné, » ou celui qui le représente, soit fils ou fille, » recueillera seul les héritages, fiefs, et autres » choses *qui auront procédé du tige et tronc* » *commun*, et qui auront été baillés *par* » *l'aîné*, ou celui qui le représente, par par- » tage à ses puînés ».

On a demandé si le privilége accordé à l'aîné par cet article, devait avoir lieu sur un bien que le puîné avait reçu d'un tiers en échange d'un autre qui lui avait été donné en partage par l'aîné.

Deux arrêts ont décidé pour la négative : le premier, rendu contre le sieur de La Carte, au profit du sieur de Foësnel; le second, du 18 février 1688, entre le sieur de Fondebond et l'abbé de La Barre.

« La plus apparente raison de droit (dit Hévin), dont on puisse faire le motif de la décision, est, ce me semble, que, pour attri-

buer le tout à l'aîné, cet article requiert 1° que les héritages viennent du tige et tronc commun; 2° qu'ils aient été baillés à l'aîné par partage à son puîné. Ainsi, il faudrait feindre 1° que les héritages sont de l'ancienne tige, et notre droit admet cette fiction; 2° qu'il eût été baillé par partage; ce serait une seconde fiction, et le droit n'en admet pas deux.

» D'ailleurs, l'aîné baillant en partage à ses puînés du bien noble du tige et tronc commun, retient la féodalité de juveigneurie; mais il n'en pourrait pas prétendre sur l'héritage échangé, laquelle juveigneurie est substantielle au bien baillé par partage; au contraire, cette juveigneurie suit le possesseur, et devient juveigneurie sans partage. Ce fonds ne représente donc point l'ancien bien du tige et tronc commun ».

IV. Un autre point de jurisprudence très-propre à faire sentir combien on doit être rigoureux à restreindre la Subrogation par échange aux effets qui lui sont nommément attribués par la loi, est que le bien pris en échange dans une autre coutume que celle où est situé le bien échangé, continue de suivre en succession sa loi primitive et naturelle. C'est ce qu'enseigne Lebrun, et c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Rouen, du 5 février 1626, rapporté par Basnage, art. 341. Cette cour en a même fait un réglement exprès par l'art. 67 des placités de 1666.

[[V. Tout cela est sans objet pour les successions *ab intestat* ouvertes depuis la loi du 17 nivôse an 2. *V.* ci-devant, §. 1, art. 1, nos 3 et 7.

VI. Mais la Subrogation a encore lieu dans l'échange, relativement à la communauté entre époux. « L'immeuble acquis pendant » le mariage, à titre d'échange contre l'im» meuble appartenant à l'un des deux époux, » n'entre point en communauté, et est su» brogé au lieu et place de celui qui a été » aliéné, sauf la récompense, s'il y a soulte ». Ce sont les termes de l'art. 1047 du Code civil.

L'art. 1559 dit également qu'en cas d'échange de l'immeuble dotal, avec le consentement de la femme et les autres formalités qu'il prescrit, *l'immeuble reçu en échange, sera dotal.*]]

§. III. *De la Subrogation dans les partages de successions.*

I. La question de savoir si la Subrogation a lieu dans les partages des successions composées de biens de différentes natures, peut se présenter dans deux cas.

Le premier est celui où les co-partageans ont la successibilité dans chaque classe des biens.

Par exemple, un homme laisse deux frères germains, et deux héritages, dont l'un est propre paternel, l'autre propre maternel; les co-héritiers, au lieu de prendre chacun leur moitié dans les deux, en prennent chacun un tout entier. Dans ce cas, l'héritage échu à chacun d'eux, sera-t-il partie propre paternel et partie propre maternel?

On cite, pour l'affirmative, un arrêt du parlement de Paris, du 30 mars 1596, rapporté par Toronçon sur l'art. 143 de la coutume de Paris. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Flandre, du 12 janvier 1695, inséré dans le recueil de Desjaunaux, tome 1, §. 48.

Mais le contraire a été jugé depuis par un arrêt du parlement de Paris, du 6 septembre 1710, rapporté à la suite du *Traité des Propres* de Renusson, et ce parti paraît le plus juste. Prendre un héritage paternel au lieu d'un maternel, c'est donner pour soulte de partage la part qu'on avait dans le propre maternel, afin de garder l'excédent du propre paternel sur la portion qu'on y avait à titre d'héritier partiaire. Or, la soulte de partage ressemble à la licitation: elle n'empêche pas l'intégrité du propre dans une seule ligne.

Autre exemple: c'est l'Epine de Grainville qui nous le fournit, page 595. Une succession est composée de propres anciens et de meubles. L'un des héritiers ne reçoit dans son lot aucune portion des immeubles, mais on lui assigne des rentes qu'on crée à son profit et à son nom, et une autre qu'un des co-héritiers lui constitue comme soulte de partage. Cette dernière rente n'est point payée, et pour l'acquitter, on lui abandonne des héritages qui faisaient partie de la succession. Il meurt; deux sortes d'héritiers se présentent: les uns demandent ces héritages comme acquêts; un autre les demande comme propres de la ligne du défunt qui les avait transmis au co-héritier par lequel l'abandonnement lui en avait été fait. Il est certain que cet abandonnement était un échange, nous l'avons démontré dans le §. précédent, n° 2, au sujet de l'arrêt du parlement de Flandre, du 20 novembre 1775. Si donc les rentes avaient reçu par une Subrogation opérée dans le partage, la qualité de propre attachée aux héritages dont elles formaient la soulte, il est certain, d'après l'art. 143 de la coutume de Paris, que cette qualité aurait

été transférée sur les héritages abandonnés. Ainsi, dans l'espèce proposée, il ne s'agissait que de savoir « si un partage opère la Subro-» gation, lorsqu'un des héritiers qui avait » droit aux anciens propres, reçoit à leur » place des immeubles qui, par eux-mêmes, » ne sont qu'acquêts ». C'est en effet à ces termes que l'Épine de Grainville réduit la question; et il ajoute « que, par arrêt du » 30 août 1724, il fut jugé qu'un tel partage » ne produisait point la Subrogation ».

II. Le second cas est lorsque le partage se fait entre héritiers de différentes lignes ou classes: par exemple, un homme laisse dans sa succession deux héritages qui lui sont, par indivis, partie propres paternels et partie propres maternels; et il a pour héritiers un frère consanguin et un frère utérin. Celui-ci, pour la facilité du partage, prend l'un des immeubles en entier, celui-là prend l'autre. Y a-t-il Subrogation, c'est-à-dire, l'héritage échu au frère consanguin, forme-t-il dans sa personne un propre paternel pour le tout, quoiqu'il ne fût tel au défunt que pour la moitié; et en est-il de même de celui qui est échu au frère utérin?

Je ne connais pas un auteur qui n'embrasse l'affirmative; c'est même l'opinion qu'adoptent expressément les coutumes de Troyes, art. 154; de Sens, art. 44; de Melun, art. 134; et d'Auxerre, art. 166.

Cuvelier, page 414, rapporte trois arrêts du grand conseil de Malines, du mois de février 1590, de 1622 et du 16 novembre 1625, qui ont jugé de même.

La raison qu'on en donne, est qu'un partage de cette espèce forme un véritable échange entre le frère consanguin et le frère utérin, et que l'échange produit toujours la Subrogation.

Il serait peut-être téméraire de combattre une opinion aussi universellement admise. Voici cependant ce qui nous fait douter de son exactitude.

Il est vrai que presque toutes les coutumes admettent la Subrogation dans l'échange: mais qu'est-ce que faire un échange? « C'est » (dit Renusson) donner un héritage pour en » prendre un autre ». Or, dans un partage de biens de différentes lignes, on ne donne point une chose pour en prendre une autre; il se fait seulement une division des effets communs; et quoique cette division ne puisse s'effectuer sans vente ni échange, néanmoins un partage ne tient ni de la nature de l'échange, ni de la nature de la vente. Il conserve toujours son caractère de partage, parceque l'intention des parties n'était point de vendre ni d'échanger, mais de sortir de communion. *Est enim divisio*, dit Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 22, quest. 22, n° 69, *contractus participans de distractu et contractu, de venditione et permutatione, et tamen propriam et distinctam habet naturam; et sic, hoc non obstante, totus contractus dicitur divisio.*

A ce principe reconnu de tout le monde, il faut en joindre un autre qui est également incontestable. C'est, comme le dit Argou dans ses *Institutions au Droit français*, tome 1, page 485, édition de 1710, « que le partage » produit un effet rétroactif et déclaratif, » et non pas attributif de propriété, c'est-à-» dire, qu'il n'attribue rien de nouveau à » chaque co-héritier, et ne sert qu'à déclarer » de quelle portion chaque co-héritier était » propriétaire; en sorte qu'il n'est présumé » avoir été saisi ni avoir eu droit que dans » les choses qui sont tombées dans son lot ».

Brodeau, lettre H, §. 11, dit la même chose: « Le partage autorisé par la loi, pro-» duit un droit déclaratif et un effet réduc-» tif et rétroactif dirimant; en sorte que le » co-héritier est présumé n'avoir été saisi » ni avoir eu droit, quelque temps que la » communauté et indivision aient duré, si-» non aux choses qui sont échues en son lot, » sans qu'on puisse remonter plus haut ».

Voilà pourquoi une infinité d'arrêts et de coutumes ont décidé que les partages saisissent de plein droit, même en pays de nantissement; et c'est pour cela que, même dans le très-petit nombre de coutumes qui décident le contraire, le seigneur ne peut (comme l'a jugé un arrêt du parlement de Flandre, du mois de novembre 1673, rapporté par M. le premier président de Blye, §. 11) exiger les lods et ventes de l'assignation faite à un co-héritier de la totalité d'un héritage, pour la part qu'il avait dans plusieurs autres.

Ces principes posés, comment est-il possible d'admettre la Subrogation dans notre espèce? Si le frère consanguin est censé n'avoir eu aucun droit dans la partie de l'héritage qui est échu au frère utérin, comment peut-on dire que celui qui lui a été assigné, soit subrogé à cette partie? Si, selon Brodeau lui-même, il n'est pas permis, après le partage, de remonter plus haut pour examiner ce que chacun des co-héritiers devait ou ne devait pas avoir, pourquoi ferait-on revivre, dans une partie de l'héritage échu au frère consanguin, la qualité de propre paternel, qui,

avant le partage, était affectée à une partie de celui qui est échu au frère utérin?

S'il est vrai, comme on n'en peut douter, qu'on doit partager toutes les successions dans l'état où elles se trouvent au temps de leur ouverture; s'il est vrai que, dans le moment où s'ouvre la succession d'un de ces frères, on trouve dans la moitié de l'héritage qui lui est échu, la qualité de propre ancien paternel ou maternel, et dans l'autre moitié la qualité de propre naissant du chef de son frère décédé avant lui, pourquoi considérer la nature des biens auxquels il avait droit avant le partage? Encore une fois, il est contre les principes de remonter plus haut que cet acte; il a jeté sur tout ce qui l'avait précédé, un voile qu'il n'est pas permis de lever.

[[III. *V.* ci-devant, §. 1, art. 1, nº 7.]]

§. IV. *De la Subrogation dans le bail à rente.*

I. Il y a, comme on sait, deux sortes de rentes foncières : les unes sont récognitives de la directe, les autres n'ont pas ce caractère.

Les premières sont incontestablement subrogées, dans la personne du bailleur, aux fonds qu'elles représentent, et dont elles sont le prix. Le bailleur qui a arrenté son bien, n'en perd pas le domaine direct; il le conserve au contraire et le transmet à tous ses ayant-cause. Or, si ce domaine lui était propre, lorsqu'il était joint au domaine utile, pourquoi cesserait-il de l'être lorsqu'il en est séparé par l'arrentement?

Les secondes paraissent également susceptibles de Subrogation, puisqu'elles forment, pour le bailleur, un droit qui, bien qu'incorporel, réside dans l'héritage même, en fait partie, et suit la même loi territoriale. C'est d'ailleurs ce qu'ont *décidé* deux arrêts : l'un, du parlement de Paris, prononcé en robes rouges, à Pâques 1592, et rapporté par Renusson (*Traité des Propres*, chap. 1, sect. 10, nº 20); l'autre, du conseil souverain de Mons, du 17 janvier 1698, que je trouve dans un recueil manuscrit, ouvrage d'un magistrat de cette cour.

II. Par là se résoud une question que j'ai vu souvent agiter relativement à l'art. 25 de la coutume de Valenciennes.

Ce texte, après avoir dit que *les tuteurs et mambours des mineurs peuvent bailler à rente les héritages d'iceux enfans*, ajoute : *laquelle rente succédée au lieu desdits héritages, appartiendra auxdits mineurs, et sera de même nature qu'étaient lesdits héritages.*

La subrogation qu'établit cet article, cesse-t-elle avec la minorité; ou continue-t-elle, soit dans la personne du mineur, lorsqu'il est parvenu à l'âge de vingt-cinq ans, soit dans la personne de son héritier? Par exemple, l'héritage arrenté formait, entre les mains du mineur, un propre ancien : la rente qui le remplace, sera-t-elle regardée, dans la succession de son héritier immédiat, comme un propre naissant; et pour y succéder, suffira-t-il d'être parent à cet héritier du côté du mineur? Ou sera-t-elle considérée comme un propre ancien; et faudra-t-il, pour y succéder, être de la ligne de celui qui avait mis dans la famille l'héritage arrenté par le mineur?

Je crois ce dernier parti plus conforme que le précédent à l'esprit de la coutume. Ce n'est point en considération de la minorité du bailleur, que la Subrogation dont il s'agit dans l'article cité, a été introduite; ce n'est point parceque les biens des mineurs ne peuvent pas changer de nature, que la rente foncière est réputée tenir la place de l'héritage; c'est parcequ'elle lui est vraiment subrogée et qu'elle le représente en tout.

III. L'additionnaire de Denisart, aux mots *Rente foncière*, soutient (sur la foi d'un arrêt du 4 septembre 1767, qu'il cite bien ou mal) qu'il n'y a point de Subrogation lorsque la rente foncière est stipulée rachetable : « Le bail d'héritage à rente rachetable (dit » cet auteur), est une vraie vente; et comme » elle en produit tous les effets, elle donne » ouverture aux droits des lods et ventes au » profit du seigneur ».

Mais qui est-ce qui ne sait pas que, si, par rapport au retrait et aux droits seigneuriaux, le bail à rente rachetable est assimilé au contrat de vente, c'est uniquement pour parer aux fraudes auxquelles il pourrait servir de manteau, tant à l'égard des lignagers qu'au préjudice des seigneurs? Qui est-ce qui ne sait pas qu'en lui-même, il ne tient nullement de la vente? Et comment en douter, lorsqu'on fait attention que la faculté de rachat, dont il contient la stipulation, peut se prescrire par le laps de trente ans? Si l'on ajoute à cette considération que la rente foncière pour être rachetable, n'est pas moins un droit dans la chose que si elle était irrédimible; sans doute on ne trouvera aucune difficulté à la regarder comme passible de Subrogation.

C'est en effet ce que pensent Renusson, *Traité des propres*, chap. 5, sect. 1, nº 6;

Le Camus d'Houlouve, sur la coutume de Boulonnais, tome 1, page 293; Denisart, aux mots *Rente foncière;* et leur opinion a l'avantage d'être conforme à l'art. 121 de la coutume de Sens, c'est-à-dire, de la seule loi qui ait prévu la question (1).

Au reste, cette opinion peut d'autant moins souffrir de difficulté dans les coutumes de Hainaut et de Valenciennes, que toutes les rentes foncières y sont rachetables de plein droit.

[[IV. *V.* ci-devant, §. 1, art. 1, n° 7.]]

SUBROGATION DE PERSONNE. « Il y » a Subrogation de personne (dit Renusson), » quand une personne est subrogée à une » autre personne, quand l'une succède et entre au lieu et place de l'autre pour exercer » ses droits et actions, c'est-à-dire, ses droits, » ou personnels, ou hypothécaires, ou privilégiés ».

On connaît deux sortes de Subrogations de personne : l'une, pour les décrets d'immeubles [[ou ventes par expropriation forcée, et pour la poursuite de l'ordre du prix d'une aliénation, soit volontaire, soit forcée]]; l'autre, pour les hypothèques et priviléges de créances.

SECTION I. *De la Subrogation dans les décrets d'immeubles* [[*ou ventes par expropriation forcée, et dans la poursuite de l'ordre du prix d'une aliénation, soit forcée, soit volontaire.*]]

I. L'art. 147 de la coutume de Bourbonnais définit parfaitement cette espèce de Subrogation : « Si le poursuivant criées (dit-il), par » négligence, ou appointement ou intelligence avec celui sur lequel on crie, est » négligent de poursuivre le procès des » criées, l'un des opposans se peut faire subroger au lieu du poursuivant; et sera le » premier poursuivant tenu de bailler lesdites criées audit subrogé, en le remboursant » desdites criées, dont en la fin sera satisfait » par le propriétaire ».

Cette disposition, qu'on retrouve encore dans les coutumes de Berri, tit. 9, art. 59, et de Nivernais, chap. 32, art. 49, a sa source dans la loi 12, D. *de rebus auctoritate judicis possidendis;* et Papon, liv. 18, tit. 6, n° 9, nous apprend par un ancien arrêt, qu'elle est de droit commun. « Si le poursuivant criées (dit-il) prend paiement de sa » dette, ou autrement laisse la poursuite, » le premier opposant et créancier, après lui, » se peut faire subroger au lieu du premier, » ou bien faire la poursuite, s'il paie les frais » faits par le premier, qui sera tenu de rendre le procès-verbal qu'il a. Ainsi fut dit » par arrêt de Paris, du 11 décembre 1540. » Autant en est à la dissimulation du premier » opposant, pour autre opposant qui sera plus » diligent ».

[[Cette jurisprudence est expressément consacrée par les art. 720, 721 et 722 du Code de procédure civile, mais seulement en faveur des créanciers inscrits, auxquels ont été notifiés les placards, et après que la notification qui leur en a été faite, a été transcrite au bureau des hypothèques. *V.* l'article *Saisie immobilière*, §. 6, art. 2, n° 3.]]

II. Tous les opposans ont un droit égal à la demande en Subrogation : lequel faut-il donc préférer, lorsqu'il s'en présente plusieurs pour la former?

Il paraît que c'est le plus diligent. La maxime, *prior tempore potior jure*, l'exige ainsi; et telle est l'opinion de Bagereau dans ses *diverses leçons sur l'ordonnance de* 1613.

Thibaut, *Traité des Criées*, chap. 10, dit « que cela paraît juste, pourvu qu'il n'y ait » aucune suspicion; car (ajoute-t-il), le parent, l'allié ou l'ami du débiteur devrait » être exclu de la Subrogation, quand il l'aurait demandée le premier. Il ne serait pas » inutile de consulter en pareil cas, les créanciers, pour savoir d'eux qui ils jugeraient » le plus propre à la poursuite d'une affaire » qui les regarde tous ».

III. Bruneau, *Traité des Criées*, chap. 13, met en principe que, pour être admis à la Subrogation, il faut être opposant; et cependant il convient lui-même que le créancier d'un opposant peut également la requérir, pourvu qu'il ait formé une opposition en sous-ordre.

Thibaut ne croit pas non plus qu'on doive refuser la Subrogation à un opposant en sous-ordre. « Mais (dit-il), avant de la prononcer, » il me paraît nécessaire de mettre en retard, » par des sommations et par un jugement, » l'impétrant, et surtout l'opposant dont il » est créancier ».

Il est en effet de règle générale, qu'on ne doit point accorder de Subrogation, tant que le poursuivant criées n'a pas été constitué en demeure par un délai que le juge fixe toujours. Papon, à l'endroit cité, dit que, « par

(1) [[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Rente foncière*, *Rente seigneuriale*, §. 3, n° 2.]]

» arrêt du 15 octobre 1555, sur les criées » faites des biens de feu M. Gabriel Précieu, » il fut ordonné que Pommier, poursuivant » lesdites criées, les ferait vider dans trois » mois prochains; autrement, ce temps passé, » étaient dès-lors, comme de présent, subro- » gés, en son lieu les doyen, chanoines et cha- » pitre de Montbrison, opposans ».

[[Mais l'art. 722 du Code de procédure civile en dispose autrement : après avoir dit que la Subrogation peut être demandée *en cas de négligence de la part du poursuivant*, il ajoute : « Il y a négligence, lorsque le pour- » suivant n'a pas rempli une formalité, ou » n'a pas fait un acte de procédure, dans les » délais prescrits ».]]

IV. Le procureur d'un opposant peut-il requérir la Subrogation sans un pouvoir spécial?

Non. Bruneau assure qu'une sentence des requêtes du palais, du 29 mai 1674, confirmée par deux arrêts contradictoires, l'un du 7 septembre de la même année, l'autre du 22 juin 1675, « a jugé un procureur bien désa- » voué par la veuve Magy, d'avoir pour elle, » sans pouvoir, demandé et obtenu sous son » nom la Subrogation à une poursuite de » criées, le pouvoir qu'il avait n'étant que » pour former opposition aux criées ».

On sent les motifs de cette décision. Un opposant ne peut se faire subroger, sans se mettre dans le cas de faire des avances considérables, et de garantir pendant trente ans la validité de ses poursuites. Il est donc juste qu'un procureur ne puisse l'engager, sans son aveu exprès, dans une Subrogation; et, comme l'observe Thibaut, le procureur serait d'autant moins excusable de l'avoir fait de son chef, « qu'on présumerait qu'il n'aurait » consulté que ses propres intérêts ».

[[Il en doit être de même, et par les mêmes raisons, sous le Code de procédure civile; sauf néanmoins, comme l'observe très-justement M. Carré, dans son *Analyse raisonnée*, n° 2241, le cas où ce serait au nom d'un second saisissant que serait formée la demande en subrogation; car « il a suffisamment ma- » nifesté son intention de poursuivre, en fai- » sant apposer une saisie ».]]

V. Thibaut dit encore que « la Subrogation » doit être prononcée avec les parties néces- » saires au décret, qui sont le poursuivant, » le défendeur principal, et le procureur plus » ancien ».

VI. Lorsqu'on a obtenu un jugement qui subroge purement et simplement, « il faut » le faire signifier tant au procureur du créan- » cier sur lequel on obtient la Subrogation, » qu'à celui du saisi et de tous les opposans : » et ensuite le faire enregistrer par le greffier » des oppositions, afin qu'on sache qui est le » procureur poursuivant criées, et sa partie ». Ce sont les termes de Bruneau.

Il ajoute que, « si le procureur est refusant » de rendre les pièces, on donne la sentence » à un huissier qui lui fait un commande- » ment, et à faute de satisfaire, l'empri- » sonne ».

Bruneau remarque, à ce sujet, que, par trois sentences des requêtes du palais, des 20 janvier 1567, 13 février 1626, et 20 janvier 1645, « il est défendu aux procureurs qui » obtiennent des Subrogations à des criées, » de charger des sergens du châtelet, des » sentences pour les mettre à exécution, et » les donner à d'autres qu'aux huissiers de la » cour ».

[[Ces réglemens sont abrogés par la disposition générale de l'art. 1041 du Code de procédure civile.

Du reste, l'art. 724 du même Code contient, sur les obligations du poursuivant contre lequel la Subrogation a été prononcée, deux dispositions ainsi conçues :

« Le poursuivant contre qui la Subrogation aura été prononcée, sera tenu de remettre les pièces de la poursuite au subrogé, sur son récépissé; et il ne sera payé de ses frais qu'après l'adjudication, soit sur le prix, soit par l'adjudicataire.

» Si le poursuivant a contesté la Subroga- tion, les frais de la contestation seront à sa charge, et ne pourront, en aucun cas, être employés en frais de poursuites et payés sur le prix ».]]

VII. On a douté au parlement de Dijon, si la Subrogation peut être demandée après que le poursuivant s'est désisté ou a été remboursé : mais ce doute a été levé par un arrêt du 9 octobre 1670, qui a décidé pour l'affirmative. Cela ne pouvait d'ailleurs souffrir de difficulté, d'après l'art. 59 du tit. 9 de la coutume de Berri, et le passage de Papon transcrit ci-dessus.

Il en serait autrement, si le désistement ou le remboursement avait lieu avant qu'il y eût aucune opposition formée. Il n'y aurait alors d'autre voie pour les créanciers non saisis-sans, que de pratiquer eux-mêmes une nouvelle saisie. C'est ce qu'enseignent Bagereau et Thibaut.

Cependant, si le créancier poursuivant n'avait été payé que de son capital, et que la

saisie réelle demeurât encore ouverte pour les frais, rien n'empêcherait un autre créancier, quoiqu'il n'eût pas formé d'opposition avant le paiement, de se faire subroger et de poursuivre le décret sous son nom. Le parlement de Flandre l'a ainsi jugé par un arrêt du 8 mai 1697, confirmatif d'une sentence de la gouvernance de Lille, du 28 septembre 1691, et rapporté par Desjaunaux, tome 1, §. 154.

[[Aujourd'hui, il n'y a, comme on l'a déjà dit, n° 1, que les créanciers inscrits auxquels a été faite la notification des placards, qui soient admis à la Subrogation; et ils le sont tant que la saisie n'a pas été rayée de leur consentement ou en vertu d'un jugement dans lequel ils ont été parties. *V.* l'article *Saisie immobilière*, à l'endroit déjà cité.]]

VIII. Peut-on se faire subroger à un décret fait pour une chose non due?

Le premier avocat-général du parlement de Dijon a donné, le 15 décembre 1708, un certificat d'usage pour la négative: « Il est » aisé (dit Thibaut) de pénétrer le motif qui » a donné lieu à cette jurisprudence: si l'on » ne peut se faire subroger à un décret nul » par la forme, il est encore plus impossible » d'admettre une Subrogation à la poursuite » d'une saisie réelle nulle par le fond: le dé- » biteur ne dirait-il pas au subrogé tout ce » qu'il aurait opposé au premier poursui- » vant, *dont il aurait adopté les défauts en* » *recevant son ouvrage* »?

Ces derniers termes annoncent évidemment que le subrogé est responsable de toutes les nullités que le poursuivant peut avoir commises; et cela ne souffre aucune difficulté dans la pratique.

Thibaut donne même un conseil pour prévenir les inconvéniens qui peuvent en résulter. « Le procureur (dit-il) doit avoir soin » de faire dire dans l'arrêt ou dans la sen- » tence qui prononce la Subrogation, que le » subrogé ne sera point garant de la procé- » dure faite avant la Subrogation, et cette » réserve lui conserve l'action contre l'impé- » trant, pour l'obliger à soutenir la validité » de sa procédure, et à défendre à toutes les » contestations qu'on pourrait élever à cet » égard ».

Nous ignorons si ces sortes de réserves sont en usage au parlement de Dijon. La manière dont l'auteur en parle, semble le faire entendre; mais nous voyons, par un arrêt du 6 juillet 1678, rapporté au *Journal du palais*, que le parlement de Paris ne les admet pas. Voici comment s'exprimait le défenseur de la partie en faveur de laquelle cet arrêt a été rendu:

« Quand est-ce qu'un poursuivant criées est garant de ses procédures? Ce n'est qu'après qu'il a fait interposer le décret; mais lorsque la procédure est coupée par une Subrogation, on ne lui peut demander la garantie pour les procédures qu'il rend à celui qui est subrogé. La raison en est que le subrogé n'est condamné qu'à rembourser les procédures valables; ce subrogé doit donc, en examinant les procédures qu'on lui met entre les mains, faire rejeter de la taxe les non-valables.

» Il doit faire davantage: il est de son devoir, avant l'interposition du décret, d'examiner, non-seulement la procédure de celui auquel il est subrogé, mais encore la sienne propre, afin que le décret puisse subsister.

» Il doit savoir que, par la Subrogation aux criées, il s'expose à tout l'événement de la procédure. Car, supposé que celle du saisissant ne soit pas bonne, peut-être qu'il l'aurait rectifiée, s'il était demeuré maître de la poursuite, et qu'on ne lui eût point ôté le moyen de se corriger ».

[[*V.* l'article *Saisie immobilière*, §. 6, art. 2, n°s 4 et 5.

IX. Lorsque le créancier à la réquisition duquel a été ouvert le procès-verbal de l'ordre du prix d'une aliénation, soit forcée, soit volontaire, néglige les poursuites nécessaires pour amener cette opération à fin, les autres créanciers peuvent se faire subroger à lui. *V.* l'art. 779 du Code de procédure civile, rapporté aux mots *Saisie immobilière*, §. 8, n° 6.]]

SECTION II. *De la Subrogation aux droits, hypothèques et priviléges des créanciers.*

Il est peu de matières, dans la jurisprudence, aussi épineuses que celle-ci. Le peu de développement que lui ont donné les lois romaines, la faveur presque toujours égale des parties contraires, la différence peu sensible des espèces vraiment différentes, la variété des opinions et des jugemens, en font un sujet inépuisable de doutes et de perplexités.

Pour la traiter avec le plus d'ordre et de clarté qu'il nous sera possible, nous diviserons cette partie de notre article en huit paragraphes.

Le premier marquera le véritable caractère de la Subrogation, et en indiquera la différence d'avec la délégation et le transport.

On parlera dans le second, des voies par lesquelles s'acquiert la Subrogation aux droits et priviléges purement personnels;

Dans les suivans, il ne s'agira que de la Subrogation aux hypothèques, soit simples, soit privilégiées, et d'abord on parlera dans le troisième, du créancier qui paie un autre créancier;

Dans le quatrième, du tiers-acquéreur qui paie les créanciers de son vendeur;

Dans le cinquième, du co-obligé solidaire qui paie le créancier commun;

[[Dans le sixième, de l'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers les dettes de la succession;]]

Dans le septième, de l'étranger qui paie ou fournit l'argent nécessaire pour payer la dette d'un débiteur.

Le huitième contiendra l'examen de plusieurs questions communes à toutes les espèces dans lesquelles il peut y avoir Subrogation.

§. I. *Caractère de la Subrogation, différence entre ce droit et la délégation ou le transport.*

La Subrogation, en fait de priviléges et d'hypothèques, « n'est autre chose (dit Re» nusson), que la mutation ou le changement » d'un créancier en un autre créancier; c'est» à-dire, quand les droits du créancier qui » est payé, passent à l'autre qui a fourni les » deniers pour le paiement. C'est une fiction » par laquelle celui qui a prêté nouvellement » ses deniers, est réputé entré en son lieu et » place pour exercer les mêmes droits ».

Les anciens jurisconsultes et les lois romaines l'appellent *cessio actionum, beneficium cedendarum actionum, successio, substitutio.*

On aperçoit déjà en quoi la Subrogation diffère de la délégation.

Celle-ci consiste précisément dans la cession qu'un débiteur fait à son créancier d'un autre débiteur en son lieu : il faut, pour lui donner l'être, que trois personnes y concourent : savoir, le débiteur qui délègue, le débiteur qui est délégué, et le créancier qui accepte la délégation.

La Subrogation est toute différente : elle ne substitue point une dette passive à une autre : non; si elle opérait un transport, ce serait celui d'une dette active, à la place d'une autre dette active; mais on verra dans l'instant qu'elle ne renferme pas même l'ombre d'un transport proprement dit; et ce qui achève de démontrer qu'elle n'a rien de commun avec la délégation, c'est qu'elle se fait, tantôt sans le consentement du débiteur, tantôt sans la participation du créancier, quelquefois même malgré l'un et l'autre.

A l'égard du transport, je ne puis mieux en faire connaître la différence d'avec la Subrogation, qu'en retraçant ici l'espèce d'un arrêt que j'ai fait rendre depuis peu, et dans laquelle cette matière a été approfondie.

Par acte du 26 octobre 1768, Louis-Joseph Hubert et Louis Tival se sont associés conjointement avec Nicolas Lebègue, Jean-Baptiste Hautecœur, Jean-Baptiste Jombart, François Deleporte et Romain Dubrœucq, pour la ferme des octrois de la ville de Lille, adjugée à l'un d'eux.

Hubert était intéressé dans cette société pour deux sous à la livre, Tival ne l'était que pour un sou.

Hubert et Tival avaient, dans cette entreprise, deux qualités différentes. Relativement à la municipalité de Lille, ils étaient cautions de celui des associés qui avait pris le bail sous son nom; mais entre eux, ils étaient associés.

L'entreprise n'ayant pas réussi, et la plupart des intéressés se trouvant insolvables, Hubert, qui avait déjà payé différentes sommes à la municipalité de Lille, a offert d'acquitter encore 4800 florins du restant, moyennant décharge du surplus et Subrogation aux droits de la ville. Son offre a été acceptée par une délibération municipale du 21 janvier 1776, qu'a confirmée l'intendant de Flandre, le 28 janvier 1778.

Les choses en cet état, Hubert a prétendu faire décréter une maison appartenant à Tival, et s'en faire délivrer le prix, parceque, disait-il, au moyen de la Subrogation qui m'est accordée, j'entre dans tous les droits de la ville, qui, certainement, aurait pu, si je n'avais pas éteint la dette de la société, faire saisir et vendre tout ce qui appartenait à Tival.

De son côté, Tival est venu dire : vous n'êtes subrogé aux droits de la ville que jusqu'à concurrence de ce que vous lui avez payé. Ainsi, avant de vous en prendre à moi, rendez compte, et de ce que vous avez payé à la ville, et de ce que vous avez recouvré sur les autres co-obligés, en conséquence de votre Subrogation.

Cette défense préliminaire de Tival a été accueillie par une sentence interlocutoire du siége échevinal de Lille, du 10 décembre 1780.

Hubert a exécuté cette sentence; mais, prétendant ensuite poursuivre Tival pour la totalité de ce qu'il lui restait à recouvrer pour son entière indemnité, Tival lui a dit : vous êtes à la fois mon associé et mon co-fidéjusseur; en cette dernière qualité, vous ne pouvez répéter contre moi que ma part virile dans la dette que vous avez acquittée; mais,

comme, de mon côté, j'ai aussi fait des paiemens qui ont diminué cette dette, voyons qui de nous deux doit plus ou moins à l'autre; liquidons. Comme associés, si nous sommes les seuls de la société à qui il reste du bien, nous devons supporter, à proportion de nos intérêts respectifs, chacun notre quote-part de l'insolvabilité de nos co-associés; si vous avez fait des paiemens, j'en ai fait aussi; voyons qui de nous doit à l'autre : encore une fois, liquidons.

Qu'a répondu Hubert? Je n'agis, ni comme créancier particulier de Tival, ni comme son associé, ni comme caution de l'adjudicataire de la ferme : mon action est fondée sur un titre particulier qui me subroge dans tous les droits de la ville. Or, la ville aurait certainement pu agir pour tout ce qui lui restait dû, contre chacun des intéressés, sans s'inquiéter de ce qu'il avait payé précédemment : donc mon action doit avoir le même objet et produire le même effet.

Sur ces raisons, sentence du 15 octobre 1781, qui donne gain de cause à Hubert.

Appel de la part de Tival. Voici la substance des moyens que j'ai employés pour lui :

« Lorsqu'un fidéjusseur a payé la somme qu'il avait cautionnée, il a deux actions bien distinctes : l'une contre le débiteur principal; l'autre contre ses co-fidéjusseurs. Par la première, il obtient le remboursement de tout ce qu'il a payé, et se fait indemniser. Par la seconde, il ne peut répéter de chacun de ses co-fidéjusseurs, qu'une portion virile du paiement qu'il a fait; et si celui contre lequel il l'exerce, a lui-même acquitté une partie de la dette, cette action est subordonnée à l'événement du compte à faire entre eux, tant pour savoir lequel a payé plus que l'autre, que pour déterminer si le co-fidéjusseur assigné en remboursement de sa quote-part, ne l'a point remplie. Ces principes sont connus de tout le monde.

» A l'égard de l'associé, lorsqu'il a payé pour ses co-associés, il a contre chacun d'eux un récours proportionné à leurs intérêts respectifs dans la société. Il ne peut encore y avoir là-dessus le moindre doute.

» Il y a cependant un cas où le recours contre le co-fidéjusseur excède sa part virile, comme il y en a un où le recours contre l'associé excède la proportion de son intérêt.

» Ce cas est lorsqu'il se trouve des insolvables, soit parmi les co-fidéjusseurs, soit parmi les associés. En effet, dit Bourjon, *si l'un des débiteurs solidaires est devenu insolvable, la portion virile dans la dette commune se répartit sur tous les autres, l'engagement solidaire faisant naître entre eux une espèce de société qui produit cet effet ou cette répartition entr'eux. De là il suit que, quoique le recours ne soit pas solidaire de droit, si l'un des obligés solidaires a payé toute la dette, et qu'un autre d'entr'eux soit insolvable, le premier a son recours contre les autres, non-seulement pour leur portion virile, mais même pour la portion qu'ils doivent supporter dans celle de l'insolvable, qui tombe sur tous les autres; bien entendu que la part virile dans la portion de l'insolvable, se confond dans la personne de celui qui a payé.*

» D'après cela, il est clair que, si Hubert avait payé purement et simplement au magistrat de Lille, les sommes pour lesquelles il exerce aujourd'hui son recours contre Tival, il ne pourrait rien exiger de celui-ci, qu'au préalable il n'eût été fait entr'eux une liquidation qui constatât ce que chacun d'eux aurait payé de son côté, et qui, par une balance exacte de leurs intérêts respectifs, mît en évidence ce que Hubert prétendrait avoir payé pour Tival.

» La Subrogation dont se prévaut Hubert, change-t-elle donc quelque chose à cette manière d'opérer? La sentence dont est appel, a jugé que oui; mais, osons le dire, cette décision choque tous les principes et renverse toutes les idées reçues.

» La seule raison sur laquelle on la fonde, est que, par la Subrogation, Hubert est devenu cessionnaire des droits de la ville, et que la ville eût pu, sans nulle difficulté, poursuivre Tival pour la totalité de ce qui restait à payer.

» Mais il n'y a en cela qu'une confusion de mots facile à éclaircir.

» Au premier coup-d'œil, la *cession et transport* paraît ne différer en rien de la *Subrogation;* celle-ci n'est même connue dans le droit romain que sous le nom de *cession d'actions;* et de là vient le bénéfice *cedendarum actionum*, que les lois du Digeste et du Code attribuent au fidéjusseur qui a payé pour celui qu'il a cautionné.

» Cependant écoutons Dumoulin, *de usuris*, quest. 49. Ce jurisconsulte nous dit que la *cession d'actions*, à laquelle nous avons donné le nom de *Subrogation*, n'est, ni ce qu'on appelle *cession et transport*, ni une véritable vente; et qu'elle n'a d'autre but ni d'autre effet que de conserver les anciennes hypothèques : *Licèt creditor dicat se cedere, vendere jus suum, tamen hoc non intelligitur fieri ad transferendum dominium, sed solùm hypothecam in cessionarium, quia non cen-*

setur emere et pecuniam dare dominii acquirendi causâ, sed gratiâ servandi pignoris.

» On voit par là qu'il faut bien prendre garde de confondre la cession proprement dite avec la Subrogation. Et, en effet, y eût-il jamais rien de plus différent?

» La cession est toujours l'ouvrage du créancier; la Subrogation est souvent l'ouvrage du débiteur, quelquefois même l'effet de la loi seule.

» La cession transfère la dette même; la Subrogation en transmet seulement quelques prérogatives.

» Le créancier est garant de la cession; il ne l'est point de la Subrogation.

» La cession passe avec les charges au créancier; la Subrogation les anéantit.

» Tel veut une cession pour se procurer un garant; et tel une Subrogation pour conserver les hypothèques du créancier qu'il paie.

» En un mot, donner à la Subrogation toute la force de la cession, c'est identifier deux droits qui n'ont pas le moindre rapport ensemble.

» Les jurisconsultes les plus favorables à la Subrogation, sont bien éloignés de porter ses effets aussi avant. Ils soutiennent que la Subrogation transfère un droit semblable à l'ancienne dette, *jus simile*, mais ils avouent que ce droit n'est pas la dette même: *sec hæc actio*, dit Joannes Faber, *non est eadem in essentiâ cum primâ*. Les lois toujours justes dans leurs expressions, disent que le nouveau créancier succède *in locum*, mais non pas *in actionem primi*.

» D'après ces principes, comment un fidéjusseur, un associé, pourrait-il, en vertu d'un paiement fait avec clause de Subrogation, poursuivre ses co-fidéjusseurs, ses co-associés, sans liquider avec eux ce qu'ils ont eux-mêmes payé, sans régler ce à quoi monte leur portion virile, sans faire une répartition géométrique du surcroît de charges qu'il éprouvent par l'insolvabilité de quelques-uns d'entr'eux?

» Tout résiste à cette prétention; tout s'élève pour la détruire. La Subrogation, nous l'avons déjà dit, ne transfère point la dette, elle en communique seulement les prérogatives. Ainsi, de ce que la dette dont il s'agit, existait tout entière dans la main du magistrat de Lille, il ne s'ensuit nullement que Hubert puisse en demander la totalité à Tival.

» Hubert est, à la vérité, subrogé aux droits du magistrat de Lille; mais cette Subrogation n'empêche pas qu'il ne demeure co-associé et co-fidéjusseur.

» Or, 1° comme co-associé, peut-il exiger de Tival autre chose qu'une portion virile, calculée et sur son intérêt dans la société et sur le surcroît des charges occasioné par les insolvabilités survenues depuis la formation de l'entreprise? S'il exigeait quelque chose de plus en vertu de la Subrogation, Tival ne serait-il pas en droit de le lui faire rendre par l'action *pro socio*? N'est-ce point par conséquent le cas de dire, avec la loi: *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio?* Car, enfin, l'égalité est de l'essence de toutes les sociétés, et il serait souverainement injuste que l'un supportât plus de charges que l'autre. (Loi 67, D. *pro socio*).

» Dès-lors, Hubert peut-il se refuser à compter et liquider avec Tival de la manière que celui-ci l'exige? Non, assurément.

» 2° La chose est également claire, si l'on ne considère les parties qu'avec leur qualité de co-fidéjusseurs.

» Il y a, à la vérité, un grand combat d'opinions et d'arrêts sur la question de savoir si le co-fidéjusseur qui a payé avec clause de Subrogation, peut agir solidairement contre chacun de ses co-fidéjusseurs, sa part déduite, ou s'il ne peut demander à chacun d'eux qu'une portion virile, sauf la répartition des parts des insolvables, au cas qu'il s'en trouve (1).

» Mais d'abord cette question est inutile ici, parceque les parties réunissent la qualité d'associés à celle de fidéjusseurs, et que la première existant entr'eux réciproquement, tandis que la seconde n'existe que d'eux au magistrat de Lille, c'est plutôt par celle d'associés que par celle de fidéjusseurs que leurs droits entr'eux doivent être réglés et déterminés.

» En second lieu, quelque parti qu'on adoptât sur cette même question, il faudrait toujours en revenir à la liquidation proposée, parceque, même suivant les auteurs qui, à cet égard, favorisent le plus la Subrogation, il faut que le co-fidéjusseur subrogé déduise sa part avant de rien exiger des autres; ce qui entraîne invinciblement la nécessité de constater quelle est cette part, relativement à ce que les autres doivent et ont déjà payé.

» Mais, dit Hubert, je ne vous fais aucun tort en vous poursuivant de la manière que je le fais. Le magistrat de Lille le ferait aujourd'hui, si je ne l'avais pas remboursé: pourquoi m'enviez-vous un droit dont j'ai payé le prix?

(1) *V.* ci-après, §. 6.

» Vous ne me faites aucun tort, peut répondre Tival! Mais si le magistrat de Lille m'avait exécuté pour la totalité de la dette, ou pour une portion plus forte que ma quote-part, n'aurais-je pas eu mon recours contre vous? Et ce recours peut-il m'être ôté, parceque vous avez payé vous-même le magistrat de Lille?

» Mais, dit-on encore, si la Subrogation accordée à Hubert, ne produit point l'effet qu'il prétend, elle sera donc illusoire?

» Point du tout. Si Hubert avait payé sans Subrogation, il n'aurait pas conservé les hypothèques du magistrat; le paiement les aurait éteintes, et ne lui eût laissé contre ses co-fidéjusseurs et associés qu'une action simple et dénuée de privilèges (1). La Subrogation lui a conservé tous ces avantages; elle n'est donc pas illusoire.

» Enfin, et c'est la dernière objection d'Hubert, si le magistrat de Lille avait exécuté Tival avant que j'eusse payé, le magistrat, perdant moins, m'eût fait une remise plus considérable. — Deux réponses.

» 1° Ce n'est point sur des *peut-être* qu'on appuie des jugemens. Le magistrat de Lille a réduit à 4800 florins une dette qui montait à 28,000 florins; voilà qui est constant. Qu'aurait-il fait si la dette n'eût été que de 16,000 ou 20,000 florins? On l'ignore. Cela eût dépendu de sa plus ou moins grande libéralité; et l'on est aussi fondé à dire qu'il eût encore exigé 4800 florins, qu'à prétendre qu'il n'en eût plus demandé autant. En matière de *futur contingent*, les conjectures ont une vaste carrière.

» 2° Si Hubert a obtenu la remise dont il s'agit, ce n'a point été par des considérations particulières à sa personne; il l'a obtenue pour tous ses co-fidéjusseurs et associés, et elle doit leur profiter à tous également ».

Tels sont, en substance, les moyens que j'ai fait valoir pour Tival. Voici l'arrêt qui les a adoptés; il est du 24 juillet 1782:

« La cour a mis et met l'appellation et la » sentence dont a été appelé au néant, émendant, ordonne aux parties d'entrer en » compte et liquidation dans la quinzaine de » la signification du présent arrêt, amiablement, sinon par-devant le conseiller-» rapporteur (M. Plaisant du Château), tant » de ce que chacune d'elles devait à la ville » de Lille, eu égard à son intérêt respectif » dans la ferme dont il s'agit, et des insolvabilités survenues parmi les associés et co-» fidéjusseurs, que de ce qui a été payé par » chacune desdites parties à l'acquit de la » dette générale; condamne ledit Hubert » aux dépens..... ».

[[*V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Subrogation*, §. 1.]]

§. II. *De la Subrogation aux privilèges et aux droits purement personnels.*

Le mot *Privilèges personnels* a deux significations différentes: considérons-le d'abord selon celle qu'il a dans le droit romain; nous l'envisagerons ensuite sous un aspect analogue au sens que nous lui donnons dans nos mœurs.

I. On qualifie de *personnels* dans le droit romain, les privilèges qui ne donnent préférence que sur les créanciers chirographaires; et ils sont en cela distingués des *privilèges réels*, qui n'étant, à proprement parler, que des hypothèques privilégiées, ont lieu contre toutes sortes de créanciers, même hypothécaires (1).

La question de savoir si celui qui paie la dette d'un autre, acquiert, de plein droit et sans stipulation expresse, une Subrogation aux privilèges personnels du créancier, n'est rien moins que clairement décidée par les lois romaines.

La loi 24, §. 3, D. *de rebus auctoritate judicis*, semble adopter l'affirmative: *Eorum ratio prior est creditorum quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit.*

La loi 2, D. *de cessionibus bonorum*, est communément citée en faveur du même parti: *In personalibus actionibus qui, posteà quidem contraxerunt, verùm ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt.*

Mais la loi 7, C. *de privilegiis fisci*, établit bien nettement le contraire: SI IN TE JUS FISCI, *cùm reliqua solveres debitoris pro quo satisfaciebas, tibi competens judex* ADSCRIPSIT ET TRANSTULIT, *ab his creditoribus quibus fiscus potior habetur, res quas eo nomine tenes, non possunt inquietari.*

Mais concevra-t-on qu'il puisse exister dans le corps de droit une antinomie aussi frappante? Cela ne serait pas sans exemple. Cependant il faut convenir qu'on ne doit regarder comme contraires que les lois à l'égard desquelles il ne se présente aucun moyen de conciliation; et celles dont il s'agit, ne sont pas de ce nombre.

Quelques auteurs croient les concilier, en

(1) *V.* ci-après, §. 5.

(1) *V.* la loi *eos* et la loi *assiduis*, C. *qui potiores in pignore*; l'authentique *quo jure*, au même titre; *Matthæus*, *de auctionibus*, liv. 1, chap. 20; et Renusson, *Traité de la Subrogation*, chap. 3.

disant que les deux premières parlent des priviléges personnels, et la troisième des priviléges réels. Mais il ne se trouve pas un mot dans ces textes qui autorise cette interprétation; et cela seul nous oblige de la rejeter.

Sur quel fondement d'ailleurs les lois romaines admettraient-elles plutôt la Subrogation de plein droit dans les priviléges personnels que dans les priviléges réels? Il faudrait un motif pour justifier une pareille différence, et l'on convient universellement qu'il n'y en a aucun. Écoutons Renusson, l'un des partisans de cette interprétation:

« S'il est permis d'examiner pourquoi le droit romain, qui avait admis des priviléges personnels, donnait à un étranger qui payait purement et simplement un créancier personnel privilégié, la Subrogation de plein droit, on peut dire qu'il n'y a pas de raison bien évidente; car il semble que ce privilége personnel, c'est-à-dire, le droit d'être préféré aux autres créanciers personnels, ne peut pas passer à un étranger, si cet étranger n'a pas stipulé la Subrogation, et s'il a payé purement et simplement pour le débiteur; car il semble que son paiement opère simplement la libération du débiteur et éteint la dette, et qu'il y a même raison que pour les hypothèques et priviléges réels; il n'a qu'une action personnelle pour répéter du débiteur ce qu'il a bien voulu payer pour lui; il ne doit pas avoir plus d'avantage que les autres créanciers personnels qui ont également, comme lui, la personne du débiteur obligée.

» S'il voulait être subrogé au privilége personnel, et avoir le droit d'être préféré à d'autres créanciers personnels, il semble qu'il devait stipuler la Subrogation lors du paiement; sans quoi, il y a lieu de dire qu'il n'a que le droit et action qui lui peut appartenir de son chef par le droit commun, c'est-à-dire, l'action *negotiorum gestorum*, pour être remboursé de ce qu'il a payé pour le débiteur.

» Quoi qu'il en soit, la Subrogation avait lieu de plein droit, et était autorisée par les lois romaines; il semble qu'il n'y en a point d'autre raison, sinon que c'était *lex scripta* ».

Raisonner ainsi, c'est assez convenir que, s'il y a une loi qui fait clairement dépendre d'une clause expresse la Subrogation aux priviléges personnels, on doit chercher à ramener les autres lois au même esprit.

Or, la loi 7, C. *de privilegiis fisci*, proscrit formellement le système de la Subrogation légale. Il faut donc examiner si celles qui paraissent la contrarier, ne peuvent pas être interprétées dans le même sens.

Commençons par la loi 24, §. 3, D. *de rebus auctoritate judicis*. Dit-elle qu'il suffit de payer un créancier privilégié, pour lui être subrogé? Non, elle dit seulement que les créanciers dont l'argent a servi pour rembourser des créanciers privilégiés, succèdent aux droits de ceux-ci. Mais elle n'explique pas quelles conditions doivent accompagner ce paiement, pour qu'il produise un pareil effet: elle est muette là-dessus, et conséquemment il faut suppléer à son silence par l'expression des autres lois.

C'est ce qu'insinue Denis Godefroy dans sa glose, lorsque, pour l'explication de ce texte, il se contente de renvoyer à la loi 2, D. *de cessionibus bonorum*, qui est en effet mieux développée, et qui, bien entendue, confirme tous ce que nous avançons.

Elle porte, comme on l'a vu plus haut, que ceux qui ont avancé leurs deniers, à condition qu'ils serviraient à payer des créanciers antérieurs, *verùm ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat*, succèdent aux droits de ces créanciers.

Et pour montrer que cette loi n'attribue qu'à une clause expresse de Subrogation, l'effet qu'elle donne au paiement fait au créancier antérieur; pour faire sentir que tel est le vrai sens des mots *verùm ut* (mais à condition que), Godefroy nous renvoie encore à la loi 7, C. *de privilegiis fisci*, qui en contient une preuve sans réplique.

Au reste, quelle que soit sur ce point la jurisprudence romaine, la nôtre n'est pas équivoque. Nous ne connaissons plus les priviléges personnels que le droit romain avait introduits. Tous les priviléges que nos mœurs admettent, sont réels, et forment des espèces d'hypothèques tacites qui ont la préférence sur toutes les autres. Aussi ne fait-on nulle difficulté de ne reconnaître en cette matière aucune Subrogation légale.

II. *Les priviléges personnels* que notre usage a conservés, et les seuls qu'on puisse actuellement appeler de ce nom, sont ceux qui n'intéressent que la personne du débiteur, et ne font aucun préjudice à ses autres créanciers. Tel est le droit de contrainte par corps qui est attaché à certaines dettes, l'inadmissibilité au bénéfice de cession contre certaines créances, etc.

La question de savoir si la Subrogation a lieu de plein droit à l'égard de ces priviléges, a été décidée pour l'affirmative, par deux arrêts rendus presque dans le même temps.

Le premier est du parlement de Bordeaux. Voici comment il est rapporté par Brillon, au mot *Société*:

« Deux bourgeois étaient associés; un d'eux est convenu à la Bourse pour le paiement d'une somme, et est condamné par emprisonnement de sa personne. Il paie; après quoi, il demande au parlement de Bordeaux, qu'il soit permis d'user de même contrainte dont le demandeur a usé contre lui.

» Plusieurs de messieurs faisaient difficulté de l'ordonner, d'autant qu'il n'y avait aucune obligation contre eux qui portât contrainte, et que la condamnation intervenue à la Bourse, ne pouvait être étendue au-delà de ce qu'elle avait prononcé.

» Néanmoins, au rapport de M. de Maran, le 5 décembre 1671, il passa qu'il serait contraint par corps pour le paiement de la moitié ».

Le second arrêt a été rendu à la cour des aides de Paris, le 20 du même mois. Renusson, après avoir démontré qu'il n'y a point parmi nous de Subrogation légale aux priviléges que les Romains appelaient personnels, ajoute :

« Il est néanmoins nécessaire d'observer que le fisc peut avoir quelques priviléges personnels auxquels la Subrogation de plein droit a lieu; mais c'est *quand la Subrogation n'a son effet que contre la personne du débiteur, et qu'elle ne fait aucun préjudice à ses autres créanciers.*

» Il s'en est présenté un exemple dans la cause d'entre Gérard Chardonnereau et Charles Hébert, qui a été jugée à la première chambre de la cour des aides. La question était de savoir si un traitant, débiteur de deniers royaux, qui n'est pas recevable au bénéfice de cession à l'égard du roi, pouvait demander à être reçu à ce même bénéfice à l'égard de son associé qui avait payé au roi le prix entier du traité commun, sans avoir acquis ni stipulé la Subrogation aux droits du roi lors du paiement; ou si l'associé qui avait payé, pouvait prétendre la Subrogation de plein droit, et empêcher que son associé ne fût reçu au bénéfice de cession ».

Renusson rapporte fort au long l'espèce et les moyens sur lesquels est intervenu l'arrêt dont il s'agit, et continue en ces termes :

« Il n'y avait pas, sur cette question, grande difficulté; *car, dans le fait particulier, le privilége personnel du roi regardait seulement le débiteur,* pour l'exclure du bénéfice de cession; *ce privilége n'intéressait aucun autre créancier du débiteur, et ne leur faisait aucun préjudice :* c'est pourquoi il n'y avait rien qui pût empêcher qu'Hébert, qui avait payé le roi, et qui avait payé la part de son associé, ne fût subrogé, de plein droit, au privilége personnel du roi.

» Il n'aurait pas été raisonnable que la condition de Chardonnereau fût demeurée meilleure par le paiement qu'Hébert avait été contraint de faire pour lui ».

Il y a cependant lieu de douter que cette décision soit exactement conforme aux principes. Qu'on pèse bien les raisons exposées plus haut par Renusson lui-même, pour démontrer qu'il ne peut pas y avoir de Subrogation légale aux priviléges qui s'exercent contre les créanciers; on verra clairement qu'elles s'appliquent toutes avec la plus grande justesse, à ce que nous appelons ici *priviléges personnels.*

Il semble, d'ailleurs, que le législateur a reconnu, par sa déclaration du 13 juin 1705, que les arrêts cités ne formaient pas par eux-mêmes une jurisprudence assez sûre, pour que les tribunaux se crussent autorisés à la suivre, sans qu'au préalable il en eût fait une loi particulière. Voici de quelle manière cette déclaration nous est retracée par l'annotateur de Renusson, chap. 3 :

« La déclaration du 13 juin 1705, registrée » à la cour des aides, le 27, donne à un associé » le même droit pour son remboursement que » le roi a sur chacun d'eux; elle porte que, » lorsqu'un associé dans les fermes ou *autres* » *affaires et traités,* aura été contraint par corps » pour le paiement d'une dette de la société, il » pourra exercer pour ses remboursemens la » même contrainte contre chacun des associés » en particulier, pour leurs parts et portions, » après néanmoins qu'il en aura obtenu la per- » mission des juges qui en doivent connaître, » auxquels il est enjoint de la prononcer, sans » qu'il soit besoin de demander ni obtenir au- » cune Subrogation ».

On voit combien le législateur était persuadé, en portant cette déclaration, que la jurisprudence adoptée par les arrêts des 5 et 20 décembre 1671, était en opposition avec le droit commun. D'abord, si elle eût été conforme au droit commun, elle se fût assez maintenue d'elle-même; il n'eût point fallu de loi spéciale pour autoriser les tribunaux à la suivre. En second lieu, le législateur ne la confirme pas purement et simplement : il la restreint à un cas particulier, et la soumet à une formalité qui en gêne l'exercice. Il ne dit point que l'associé qui, de son propre mouvement, aura payé au roi une dette emportant la contrainte par corps, pourra exercer le même privilége; non, il ne le lui accorde que dans le cas où il en aura été lui-même la première victime, où il *aura été réellement contraint par corps pour le paiement de la dette;* et encore veut-il qu'alors il ne puisse l'exercer sans

une permission préalable des juges qui en doivent connaître.

[[III. Mais le Code civil fait revivre la jurisprudence qu'avaient établie les deux arrêts cités. Après avoir dit, art. 1249, que « *la Subrogation dans les droits* du créancier » au profit d'une tierce personne qui le paie, » est ou conventionnelle, ou légale »; il ajoute, art. 1251, que « la Subrogation a lieu de plein » droit...., au profit de celui qui étant tenu » avec d'autres ou par d'autres, au paiement » de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». Il décide également, art. 2029, que « la caution » qui a payé la dette, est subrogée *à tous les* » *droits* qu'avait le créancier *contre le débi-* » *teur* ».

C'est sur le même principe qu'est fondé l'art. 30 de la loi du 22 frimaire an 7, concernant les droits d'enregistrement : « Les offi- » ciers publics qui, aux termes des disposi- » tions précédentes, auraient fait, pour les » parties, l'avance des droits d'enregistre- » ment, pourront prendre exécutoire du juge » de paix de leur canton, pour leur rembour- » sement. L'opposition qui serait formée con- » tre cet exécutoire, ainsi que toutes les » contestations qui s'éleveraient à cet égard, » seront jugées conformément aux disposi- » tions portées par l'art. 65 de la présente, » relatif aux instances poursuivies au nom de » la nation ».]]

§. III. *De la Subrogation aux hypothèques soit simples, soit privilégiées; et premièrement de celle que peut acquérir un créancier hypothécaire, en payant un autre créancier hypothécaire.*

I. Jusqu'à présent, on a vu la Subrogation totalement dépendante des conventions; ici se présente un nouvel ordre de chose : ce ne sont plus les particuliers, c'est la loi seule qui donne l'être à la Subrogation.

Règle générale : le créancier hypothécaire qui paie un autre créancier hypothécaire antérieur, lui est subrogé de plein droit. Tous les interprètes des lois romaines attestent la vérité de cette proposition, et elle est justifiée par les textes les plus précis.

Qui pignus secundo loco accepit, ità jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit. (Loi 1, C. *qui potiores in pignore*).

Secundus creditor, offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus, (Loi 22, C. *de pignoribus*).

Si prior respublica contraxit fundusque est ei obligatus; tibi secundo creditori offerendi pecuniam potestas est, ut succedas etiam in jus reipublicæ. (Loi 4, C. *de his qui in priorum creditorum*).

Cette jurisprudence doit son origine à un point de droit qui n'existe plus. Suivant les lois romaines, il n'y avait que le premier créancier hypothécaire qui pût faire vendre le fonds hypothéqué (1). Les hypothèques postérieures demeuraient, en quelque sorte, suspendues (2); et de là résultait, pour ceux à qui elles avaient été accordées, une incertitude toujours embarrassante. Pour la faire cesser, on imagina d'autoriser le créancier postérieur à payer la dette du plus ancien; par là, en effet, celui-ci se trouvait hors d'intérêt; l'hypothèque du payant acquérait une efficacité qu'elle n'avait pas dans son principe; et par suite, les droits des deux créanciers se trouvaient réunis dans la main d'un seul, sans qu'il fût besoin pour cela de stipulation particulière.

Dans nos mœurs, tous les créanciers hypothécaires ont également le droit de faire vendre les immeubles qui leur sont affectés. Il y a bien entre eux un ordre de préférence dans la distribution des deniers; mais tous peuvent poursuivre un décret, le dernier comme le premier, et ce décret purge toutes les hypothèques.

De cette différence de nos usages d'avec le droit romain, quelques auteurs ont voulu inférer que le *droit d'offrir*, c'est-à-dire, la faculté accordée au créancier postérieur de rembourser celui qui le précède, ne devait pas avoir lieu parmi nous; et cette conséquence en amenant une autre, ils ont soutenu que la Subrogation dont il s'agit ici, était abrogée.

Telle est la doctrine de Loyseau, dans son *Traité des offices*, liv. 3, chap. 8, n° 66, et de Groënewegen, *de legibus abrogatis*, sur la loi 1, C. *qui potiores in pignore*. Mais le principe qui en forme la base, est une erreur.

« Quoique, par notre usage (dit Renusson), on ait donné liberté à tous créanciers hypothécaires indistinctement, de faire saisir, vendre et adjuger par décret, néanmoins cela ne doit pas empêcher que le droit d'offrir ne puisse être exercé.

» C'est ce que dit Favre (à l'endroit cité); et notre usage l'a reçu, parcequ'il est juste de laisser au créancier postérieur la faculté d'offrir à l'antérieur son paiement pour le

(1) Loi 8, C. *qui potiores in pignore*.

(2) *Nullum jus habere intelligebatur* (dit le président Favre, *de erroribus pragmaticorum*, cap. 1, lib. 1), *quandiù jus primi creditoris subsistebat.*

bien de la paix, éviter les contestations et les frais qui s'augmentent et multiplient par le nombre des créanciers ».

Raviot, sur Perrier, tome 2, page 714, confirme cette assertion : « Pourquoi, en » France (dit-il), un second créancier n'aura-» t-il pas droit de rembourser celui qui le » précède, et d'acquérir ses hypothèques? » Puisque la loi décide qu'il est permis à qui » le veut, de payer pour le débiteur ou » malgré lui, ou sans qu'il le sache (loi 53, » D. *de solutionibus*), à plus forte raison » cela doit-il être libre à un second créan-» cier qui y a intérêt ». [[*V.* l'article *Droit d'offrir*.]]

Au surplus, la faculté qu'a le second créancier de poursuivre le décret de l'hypothèque, n'est point particulière à la France : elle est également admise dans les Pays-Bas; et cependant tous les auteurs de ces provinces, hors Groënewegen, attestent qu'elle n'exclud pas le droit d'offrir. Il y en a même un arrêt du conseil souverain de Frise, du 20 décembre 1606, rapporté par à-Sande, liv. 1, tit. 12, déf. 18.

Du principe que le droit d'offrir doit encore avoir lieu dans nos mœurs, il n'y a qu'un pas à la conséquence, qu'il doit encore produire chez nous la Subrogation légale qu'il produisait chez les Romains. C'est en effet ce qu'enseigne Renusson : « puisque, dans notre » usage (poursuit-il), le créancier postérieur » a la faculté de payer le créancier antérieur, » il a pareillement été trouvé juste par notre » usage, comme par le droit romain, qu'un » créancier postérieur qui payait l'antérieur, » lui succédât de plein droit, sans stipulation » ni convention ».

Tel est, en effet, l'avis des auteurs les plus instruits de notre jurisprudence; et ils se fondent tous sur cette raison, qu'un créancier hypothécaire, en payant ceux qui le précèdent, ne peut avoir d'autre objet, d'autre intention, que de conserver le gage commun, et d'empêcher qu'il ne se consume en frais. Il ne fait donc en cela que sa propre affaire, et ses vues ne peuvent être trompées.

L'étranger est dans une catégorie bien différente : en payant des créanciers, il s'immisce dans les affaires d'autrui; son but peut n'être que de faire plaisir au débiteur. Le créancier hypothécaire paie pour lui-même; l'étranger paie pour un autre. Il faut donc favoriser celui-là; celui-ci doit prendre des précautions, s'il veut être subrogé.

[[*V.* ci-après, n° 3.]]

II. N'oublions pas ici une observation essentielle. « Nous avons dit (c'est Renusson » qui parle) que le créancier postérieur qui » paie un antérieur, était subrogé de plein » droit au créancier qu'il aurait payé; mais » cette Subrogation a lieu seulement contre » le débiteur commun, et non pas contre » ses co-obligés, si ce n'est qu'ils fussent pa-» reillement débiteurs communs : mais si le » créancier avait d'autres personnes que le » débiteur commun qui lui fussent obligées, » la Subrogation n'aurait lieu que contre les » débiteurs communs, et non contre les au-» tres qui ne lui seraient pas débiteurs, par-» ce qu'à l'égard de ceux qui ne sont pas » débiteurs communs, il est étranger; sa qua-» lité de créancier cesse, et il ne peut avoir » de Subrogation contre eux, s'il ne l'a ex-» pressément stipulée ».

Cette doctrine est incontestable, et le parlement de Flandre l'a confirmée implicitement par un arrêt du mois de décembre 1676, en jugeant que le créancier postérieur ne peut pas même contraindre le créancier antérieur de lui faire une cession expresse de ses actions contre les co-obligés à la dette de celui-ci, qui ne sont pas tenus de la sienne. Cet arrêt est rapporté par Pollet, part. 1, §. 19.

Desjaunaux, tome 2, §. 168, nous en retrace un autre du 6 juillet 1697, par lequel il a été jugé de même; mais c'était dans une espèce où le créancier antérieur se trouvait payé des deniers provenant du décret de son hypothèque.

[[Cette espèce à part, on ne pourrait plus aujourd'hui juger suivant la doctrine de Renusson. *V.* l'art. 1252 du Code civil, rapporté ci-après, §. 8, n° 6.]]

III. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner si un créancier simple chirographaire, jouit du droit d'offrir; il suffit de remarquer que, lors même qu'il l'exerce, soit parcequ'il est fondé, soit parcequ'on veut bien l'y admettre, il a besoin d'une cession expresse, pour être subrogé aux hypothèques des créanciers qu'il rembourse.

[[Le Code civil ne fait à cet égard aucune distinction entre les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires : « la Subroga-» tion a lieu de plein droit (dit-il, art. 1251), » au profit de celui qui, étant lui-même créan-» cier, paie un autre créancier qui lui est » préférable, à raison de ses privilèges ou » hypothèques ».

IV. Quelles précautions doit prendre, pour conserver son privilége, celui qui ayant prêté à l'acquéreur d'un immeuble les sommes nécessaires pour en payer le prix, a été ensuite

subrogé au privilége du vendeur, suivant la promesse que l'emprunteur lui en avait faite?

V. ci-après, §. 8, n° 9 *bis.*]]

§. IV. *De la Subrogation que peut acquérir un acheteur en payant les créanciers hypothécaires de son vendeur.*

I. Il faut, sur ce point, distinguer deux cas : l'un, où l'acheteur est lui-même créancier hypothécaire; l'autre, où l'achat est fait, soit par un étranger, soit par un créancier chirographaire.

Il n'est point douteux qu'un créancier hypothécaire qui, achetant le fonds sur lequel il a hypothèque, paie ceux qui ont droit avant lui, n'acquière, en payant, une Subrogation légale aux créanciers ainsi remboursés. Cela résulte évidemment des principes, des lois et des autorités rappelés dans le paragraphe précédent.

La seule question qu'il y ait à examiner là-dessus, est de savoir si, en pareil cas, le créancier acquéreur est aussi subrogé à lui-même, c'est-à-dire, s'il conserve son hypothèque pour la faire valoir en cas d'éviction de la part d'un créancier postérieur, ou si cette hypothèque qui, dès l'instant de l'acquisition, a été confuse dans sa personne, est éteinte pour toujours.

Ce dernier parti a été soutenu par Bartole sur la loi *eleganter*, D. *de pignoratitiâ actione;* mais, osons le dire, il choque également le droit et l'équité.

En droit, l'effet n'a pas plus de durée que sa cause. Si donc la cause de la confusion des droits et actions n'est que momentanée, il n'y aura que des instans de confusion : si elle est révocable, la confusion cessera nécessairement avec elle. Il n'y a qu'une cause perpétuelle et absolue qui puisse éteindre les droits pour toujours.

Ces principes s'appliquent d'eux-mêmes à notre question. Écoutons le président Favre, dans son Code, liv. 8, tit. 15, déf. 8 : *creditorem qui rem sibi obligatam emit à debitore, aut in solutum accepit, jus quidem pignoris quod in eâ habuit, remisisse et amisisse certum est, quasi confusionis cujusdam potestate.* Voilà la confusion établie ou supposée; mais attendons l'événement : *Sed si rem posteà evinci contingat, jus suum posteriori restituetur ac si nunquàm sublata pignoris obligatio fuisset.* Voici ses raisons : *verum enim est pecuniam pro quâ pignus datum fuerat, nec solutam creditori, nec eo nomine satisfactum unquàm fuisse : quæ res proindè facit ut duret hypotheca, nec tàm post extinctionem videatur hoc casu resuscitari, quod esset difficilius, quàm ex post facto apparere cessasse illam anteà potiùs quàm extinctam dici debuisse.* Les droits sont suspendus dans l'intervalle, mais le fondement et le principe en durent encore et subsistent : *non enim,* ajoute l'auteur, *qui pignus suum comparat, eâ mente comparat ut, remittendo jus pignoris, deteriorem faciat suam conditionem; sed è contrario, ut meliorem, causâ pignoris in causam irrevocabilis et incommutabilis dominii commutatâ. Cui consequens est ut si quâ ratione dominium quod immutabiliter quæsitum videbatur, revocatum sit, non debeat creditori nocere, quominùs saltem pristinum jus retineat, quod plus juris acquirere sibi voluerit per factam sibi venditionem aut dationem in solutum.*

Il est bien aisé de concevoir, dit Renusson, que l'intention du créancier qui achète pour payer d'autres créanciers, n'a point été d'acquitter le prix de la chose purement et simplement; et que le créancier qui reçoit en paiement, n'a point eu non plus intention de tenir, purement et simplement, quitte son débiteur; mais seulement en cas que son acquisition eût un effet irrévocable, et qu'il demeurât propriétaire incommutable; en sorte que l'événement ayant tout dérangé, il faut que chacun rentre dans ses premiers droits. Personne n'a sujet de s'en plaindre; celui qui évince, en aurait moins que tout autre.

Il est vrai que les lois romaines ne se sont pas expliquées nettement sur cette matière. Il n'est même pas aisé de les concilier toutes, parceque ce sont des décisions rendues sur des cas particuliers, et non des principes proposés pour règle. Mais encore retrouve-t-on dans la loi 4, C. *de evictionibus,* un de ces principes qui doivent emporter tous les suffrages : *si prædium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum,* CAUSA PIGNORIS MUTATÂ NON EST.

C'est ce qu'établit pareillement l'art. 15 de l'ordonnance de 1441, relative au rachat des rentes foncières sur les maisons de Paris : il porte que, « si les propriétaires des maisons » qui avaient rentes sur icelles, sont depuis » évincés desdites maisons, ils pourront pour» suivre leurs rentes depuis qu'ils auront re» noncé auxdites maisons ou qu'elles leur » auront été évincées, nonobstant quelcon» que confusion, qu'on pourrait objecter ou » alléguer ».

La jurisprudence des arrêts est conforme à cette doctrine.

Christin, tome 4, décis. 162, dit qu'on l'a ainsi jugé plusieurs fois au grand conseil de Malines.

Et le parlement de Flandre en a décidé de même par un arrêt de révision du 30 novembre 1781, confirmatif d'un autre de la même cour, du 20 février 1779.

Dans le fait, Anselme Désormais et Jeanne Sauvé, son épouse, possédaient, dans la ville de Cambrai, une maison hypothéquée à quatre créanciers différens. Trois de ces créanciers convinrent avec eux que la maison serait mise en vente par-devant notaire, pour éviter les frais d'une saisie réelle, et que, si alors il ne se présentait pas d'amateur, chacun d'eux pourrait enchérir et se rendre adjudicataire, *en remboursant par lui les créanciers hypothécaires au prorata du prix et suivant l'ordre de préférence.* L'adjudication demeura au sieur Mairesse de la Viefville, troisième créancier, qui, en conséquence, paya les deux premiers, et garda le reste du prix, à compte de sa créance. Le sieur Colau, quatrième créancier, qu'on ne connaissait pas alors, fit, quelque temps après, saisir et décréter la maison. De là deux questions : la première, si le sieur Mairesse de la Viefville était subrogé aux deux premiers créanciers qu'il avait remboursés du prix de son adjudication volontaire; la seconde, si, par cette adjudication, il n'avait pas perdu sa propre hypothèque. Colau soutint la négative sur la première, et l'affirmative sur la deuxième; et il obtint gain de cause à Cambrai. Mais sur l'appel, la sentence fut réformée, et les deux questions furent jugées en faveur du sieur Mairesse de la Viefville.

II. Le créancier chirographaire ou l'étranger qui, en achetant un bien hypothéqué, a employé le prix de son achat au remboursement des créanciers hypothécaires, est-il subrogé sans stipulation aux droits de ceux-ci?

Cette question n'en est pas une aux yeux de Renusson, de Basnage, et de plusieurs autres qui enseignent, sans y entrevoir le moindre doute, que la Subrogation a lieu de plein droit dans ce cas, comme dans celui où l'acquéreur est lui-même créancier hypothécaire.

Ces auteurs se fondent sur la loi 17, D. *qui potiores in pignore,* et sur la loi 3, C. *de his qui in priorum creditorum.* Renusson ajoute qu'il y en a une raison bien simple : « c'est (dit-il) que la cause du paiement » que l'acheteur a fait au premier créancier » de son vendeur, était de libérer la chose » par lui acquise, et de s'en conserver par ce » moyen la possession; le paiement n'avait » point d'autre cause ».

Cette opinion a plusieurs arrêts en sa faveur.

Renusson dit, d'après Béraut, qu'il y en a un du parlement de Normandie, « par lequel il » a été jugé qu'un acquéreur qui avait acquis » un héritage à la charge d'acquitter une » rente, encore qu'il n'eût pas stipulé la Subrogation aux mêmes hypothèques, n'avait » pas seulement hypothèque du jour de son » acquêt, mais qu'il avait succédé aux droits » du créancier qu'il avait payé ».

Louet, lettre C, §. 38, nous a conservé un arrêt du parlement de Paris, du 28 février 1600, qui est fondé sur le même principe; et Brodeau, au même endroit, assure qu'il en a encore été rendu trois semblables : le premier qu'il ne date point, le deuxième de 1622, et le troisième du 23 avril 1644, rendu dans un procès où il avait écrit.

Le parlement de Provence a jugé la même chose par deux arrêts des 21 juin 1644 et 9 mai 1645, qui sont insérés dans le recueil de Boniface, tome 2, liv. 2, tit. 2, chap. 16, et tome 4, liv. 8, tit. 2, chap. 8.

Telle est aussi la jurisprudence du parlement de Toulouse. Catelan, liv. 5, chap. 31, dit « qu'il y en a un arrêt du 17 mars 1667, à » la première chambre des enquêtes, au rapport de M. de Cassagneau ».

Il y a plus : suivant le même auteur, trois arrêts de cette cour, dont un n'est point daté, et les deux autres sont des 23 décembre 1669 et 14 décembre 1699, ont décidé la même chose « à l'égard des lods que l'acheteur » paie au seigneur direct ». Par ce paiement, dit Catellan, l'acheteur acquiert « l'hypothèque privilégiée du seigneur, sans Subrogation, parcequ'il est évident qu'il ne paie » pas pour prêter, mais pour conserver la » possession de son acquisition, et acquérir » un plus grand droit sur ce fonds acquis; et » on peut, sur ce point, considérer les lods » comme faisant partie du prix, qui, étant » employé par l'acquéreur du fonds pour » le paiement d'une hypothèque réelle sur ce » fonds, doit lui acquérir cette hypothèque » sans Subrogation ».

Voilà une jurisprudence qui paraît bien établie; cependant elle est combattue par un très-grand nombre d'auteurs. On peut en voir la liste dans le recueil d'arrêts du grand conseil de Malines, publié par du Laury, §. 184.

Voici dans quels termes le président Favre, qui est de ce nombre, cherche à justifier son opinion :

« Il est constant (dit-il dans son Code, à l'endroit cité, déf. 8) qu'un troisième créancier qui a payé le premier, est, par cela seul, subrogé à ses droits, et comme tel préféré au deuxième. Mais il y a une grande différence entre ce créancier et un acheteur, qui, en payant, ne pense pas à obliger un tiers envers lui, mais à se libérer lui-même.

» Ainsi, quoique, par ce paiement, l'acheteur acquière une action en dommages-intérêts contre le vendeur, à raison du contrat passé précédemment entre eux, cependant on ne peut pas, pour cela, le considérer comme créancier, et lui donner les mêmes prérogatives que s'il l'était, parcequ'il n'a contracté que pour acheter, et non pour avoir une créance ».

Le président Favre ajoute que son opinion est conforme à un arrêt du sénat de Chambéry, du 2 décembre 1595; et du Laury, à l'endroit cité de son recueil, nous apprend que le grand conseil de Malines l'a également approuvé le 27 octobre 1618.

Mais que répondre aux deux lois romaines sur lesquelles se fondent les partisans de l'opinion contraire?

Le président Favre prétend qu'elles sont bornées au cas d'un créancier acheteur; et si cela était vrai, quelque respectable que soit l'opinion qu'il combat, par la multitude des arrêts qui la confirment, il faudrait néanmoins l'abandonner.

Jetons donc un coup-d'œil sur ces lois.

La première est conçue en ces termes: *Eum qui à debitore suo prædium obligatum comparavit, eatenùs tuendum quatenùs, ad priorem creditorem, ex pretio pecunia pervenit.* Il faut convenir que cette loi ne parle précisément que d'un créancier acquéreur; mais aussi elle n'est pas exclusive; elle ne décide qu'un cas singulier; dès-lors on ne peut pas en tirer un argument solide pour les cas sur lesquels elle est muette.

La seconde est un rescrit de l'empereur Alexandre à un particulier. Voici ce qu'elle porte: *Si potiores creditores pecuniâ tuâ dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio quam emisse te dicis, ità ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in jus eorum successisti; et contrà eos qui inferiores illis fuerunt, justâ defensione te tueri potes.* Cette loi est bien différente de l'autre: il ne s'y trouve pas un mot d'où l'on puisse inférer que l'acquéreur dont elle parle, ait été créancier hypothécaire avant d'acheter; elle semble même, examinée de près, faire entendre qu'il ne l'était pas.

Ainsi, point de texte dans le droit romain qui favorise le système du président Favre.

Quant à ses raisons, on ne croit pas qu'elles puissent soutenir la concurrence avec celles de Renusson et de Catellan. C'est donc au sentiment de ces derniers qu'il faut se tenir.

[[Il est d'ailleurs expressément confirmé par l'art. 1251 du Code civil: « la Subrogation » a lieu de plein droit au profit de l'acquéreur » d'un immeuble, qui emploie le prix de son » acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ».

V. ci-après, §. 8, n° 9.]]

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que le président Favre lui-même convient de la justesse de ce sentiment dans un cas, dans celui où l'acheteur étranger se trouve en possession de l'hypothèque. Alors, dit-il, rien n'empêche que cet acheteur n'exerce un droit de rétention sur la chose; et, par ce moyen, il jouira de tout l'effet d'une Subrogation véritable. Christin, tome 4, décis. 161, approuve aussi ce tempérament, et assure qu'il a été adopté par plusieurs arrêts du grand conseil souverain de Brabant. Du Laury, à l'endroit cité, dit la même chose.

III. Encore un mot sur cette matière, nous le tirons de Catellan, liv. 5, chap. 31: « Le » simple engagiste n'a pas le même avantage » pour les sommes qu'il paie aux créanciers » du bailleur; et il n'acquiert point leur » hypothèque sans Subrogation, s'il n'est » créancier d'ailleurs, comme je l'ai vu décider ».

§. V. *De la Subrogation que peut acquérir un co-débiteur solidaire, en payant le créancier commun.*

I. Dumoulin a soutenu, dans sa quatrième leçon de Dole, que le paiement fait par un co-débiteur solidaire, de ce qu'il doit avec d'autres ou pour d'autres, le subroge de plein droit aux priviléges et hypothèques du créancier; et cette opinion a été suivie par Bourjon, *Droit commun de la France;* par Raviot, *Observations sur Périer;* par Thibaut, *Traité des Criées;* et par plusieurs autres auteurs.

« Mais, dit Pothier (*des Obligations*, n° 280), elle n'a pas prévalu; et l'on a continué d'enseigner dans les écoles, et de pratiquer au barreau, qu'un co-débiteur solidaire, de même que les cautions, n'étaient subrogés aux actions du créancier, que lorsqu'ils avaient acquis la Subrogation. La raison en est que, suivant un principe avoué par Dumoulin lui-même, il ne se fait point de Subrogation de plein droit, à moins que la loi ne s'en

explique : or, Dumoulin ne peut trouver aucun texte de droit qui établisse en ce cas la Subrogation. La loi 1, §. 13, D. *de tutelâ et rationibus distrahendis*, qui est le principal fondement de son opinion, ne l'établit point.... ; elle suppose au contraire que la Subrogation ne se fait pas de plein droit. C'est ce que suppose aussi la loi 76, D. *de solutionibus*..... La loi 39, D. *de fidejussoribus*, et la loi 11, C. au même titre, souffrent encore moins de réplique : ces lois décident que le fidéjusseur qui a manqué, en payant, de se faire subroger, n'a pas d'action contre ses co-fidéjusseurs; ce qui prouve bien clairement qu'il n'est pas subrogé de plein droit, sans requérir la Subrogation ; car s'il l'était, il aurait été inutile de consulter l'empereur Alexandre, pour savoir s'il avait une action.

» En vain dit-on pour l'opinion de Dumoulin, que le débiteur solidaire ayant le droit de se faire subroger aux actions du créancier contre ses co-débiteurs, il ne doit pas être présumé avoir renoncé à ce droit.

» La réponse est que ce droit consistant dans une simple faculté qu'il y a de requérir la Subrogation, dont il peut user ou ne pas user, il ne suffit pas qu'il ne soit pas présumé avoir renoncé à son droit : il faut qu'il paraisse avoir usé de cette faculté; ce qui ne paraît pas, s'il ne l'a point déclaré. Le débiteur qui paie, ayant un autre motif pour payer que d'acquérir la Subrogation, savoir, celui d'éviter les contraintes du créancier, et de libérer sa personne et ses biens, le paiement qu'il fait sans requérir la Subrogation, n'établit pas qu'il ait voulu autre chose que se libérer, et qu'il ait voulu acquérir la Subrogation. D'ailleurs, quand on supposerait une volonté de l'acquérir, cette volonté, gardée au-dedans de lui, ne serait pas suffisante; son droit consistant dans la faculté de requérir la Subrogation, ne peut avoir lieu qu'il ne l'ait requise ».

Renusson enseigne la même chose dans son *Traité de la Subrogation*, chap. 7, n° 68 : « Quand plusieurs (dit-il) se sont obligés de » payer une même somme pour une même » cause, s'ils se sont obligés solidairement » les uns pour les autres, chacun des co-obligés est contraint de payer le tout; mais chacun n'est débiteur principal que de sa part, » et est caution des autres pour leurs parts; » l'un payant la somme entière volontairement ou par contrainte, il doit stipuler la » Subrogation; autrement, il n'a que l'action » *mandati*, ou l'action *negotiorum gestorum*, » pour répéter des autres ce qu'il a payé » pour eux ».

Telle est encore la doctrine de Rousseaud de Lacombe, au mot *Subrogation*, n° 10; « L'un des co-obligés solidairement n'est subrogé de plein droit, soit qu'il paie contraint » ou non; il n'a que l'action *mandati*, s'il n'a » Subrogation expresse ».

L'annotateur de Renusson, Pothier, Denisart et plusieurs auteurs, citent, en faveur de cette opinion, un arrêt du parlement de Paris, du 26 août 1706, qui est rapporté au *Journal des Audiences*.

Dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, il s'agissait de savoir si un fidéjusseur qui avait payé par contrainte une dette fiscale, avait acquis de plein droit la Subrogation aux droits et actions du fisc contre les autres cautions. On disait, pour l'affirmative, qu'il y avait une grande différence entre la caution qui paie volontairement le créancier, et celle qui ne paie qu'en conséquence d'une contrainte; que, dans le premier cas, il faut absolument requérir et stipuler la Subrogation; mais qu'il n'en est pas de même dans le cas de la contrainte, parceque la loi soumettant la caution à la nécessité de payer, lui accorde en même temps un recours qui opère la Subrogation de plein droit. On ajoutait que la personne contre laquelle on prétendait agir par Subrogation, n'était point une caution ordinaire ni volontaire, mais une caution forcée, qui avait contracté avec la justice, en s'obligeant formellement de représenter un prisonnier quand la justice l'ordonnerait. Malgré ces raisons, l'arrêt a jugé qu'il n'y avait point de Subrogation.

Mais, comme l'observe Boullenois, *Traité des Statuts personnels et réels*, tome 1, page 656, il n'a point décidé la question *in thesi*; le fidéjusseur, qui se prétendait subrogé de plein droit, avait cautionné avant celui contre lequel il voulait faire valoir sa Subrogation, et par un acte séparé : ainsi il ne pouvait pas dire qu'il ne s'était obligé que dans l'espérance de partager avec lui la perte qui pouvait arriver; et le seul point jugé par l'arrêt, « est qu'il n'y a pas de Subrogation de droit, » au profit d'une caution, contre d'autres » cautions qui ne sont point co-fidéjusseurs » avec lui; espèce qui diffère *toto cœlo* de la » première ».

Mais si cet arrêt est étranger à notre question, il en est d'autres qui l'ont décidée formellement.

En voici un du parlement de Toulouse, rapporté par Cambolas, liv. 3, chap 16. Catellan, liv. 5, chap. 31, le propose comme une objection à la maxime qu'un acquéreur est subrogé de plein droit aux créanciers hypo-

thécaires qui ont été remboursés avec le prix de son acquisition; et il y répond en ces termes :

« Un frère qui avait une métairie en commun avec son frère, avait payé les deniers royaux de l'entière métairie; les biens de ce dernier étant en distribution, celui-là demandait d'être remboursé par privilége sur cette métairie, ce qui lui fut refusé, et il ne fut colloqué que du jour du paiement.

» Il est répondu que, dans l'espèce de cet arrêt, le frère n'avait nul droit de propriété sur la portion de métairie appartenante à son frère, qui fut depuis mise en distribution; et ainsi, on ne pouvait pas dire qu'il eût fait ce paiement pour conserver la propriété ou la possession de cette portion de son frère, mais seulement pour conserver sa propre portion; d'autant plus que le fisc a ce privilége de pouvoir exiger les tailles entières de la main d'un des possesseurs. Ce cas est donc bien différent de celui de l'acheteur d'un fonds qui paie les lods de son acquisition, pour conserver la propriété et la possession du fonds acquis, en prenant l'investiture du seigneur direct, et lui payant les lods à cet effet ».

A cet arrêt, qui paraît très-décisif, j'en ajouterai un autre que j'ai fait rendre au parlement de Flandre.

Le sieur Lemoine, Bourgeois de Valenciennes, s'étant engagé dans une société, avait cédé une portion de son intérêt au sieur Tribout, négociant dans la même ville. La Société emprunta de la veuve Biziaux et de la demoiselle Flory différentes sommes que le sieur Lemoine remboursa purement et simplement. Par la suite, le sieur Tribout devint insolvable, et fit un abandonnement de tout son actif à ses créanciers. Ceux-ci passèrent un contrat d'atermoiement, et il fut question de le faire souscrire par le sieur Lemoine.

Sur son refus, procès au siége échevinal de Valenciennes, où il prétendit être subrogé de plein droit au privilége d'*ayuwe* (1), qu'avaient, en vertu de leurs contrats, les deux créanciers qu'il avait remboursés; et il le fit juger ainsi par sentence du 17 novembre 1780.

Sur l'appel, il faisait principalement valoir les art. 5 et 6 du chap. 115 des chartes générales de Hainaut, Voët, sur le digeste, liv. 45, tit. 2, n° 7, et la simplicité, la bonne foi qui doivent régner dans toutes les affaires de société.

Voici en substance ce que je répondais pour les syndics des créanciers :

« Que disent les art. 5 et 6 du chap. 115 des chartes générales? Que dit Voët lui-même? Rien autre chose, si ce n'est que le débiteur solidaire ou associé, qui a payé la totalité d'une dette, a son recours contre ses co-obligés. Nous ne contestons point ce recours, mais nous soutenons, et il est certain, qu'on ne doit pas lui accorder, de plein droit et sans clause expresse, les privilèges qui étaient attachés à l'action éteinte par le paiement. En veut-on une preuve sans réplique? Il ne faut qu'ouvrir le *Code Faber* à l'endroit cité par Voët : le président Favre y dit nettement, déf. 1, que *uni ex correis debendi qui totum solvit, datur regressus contrà correos :* voilà pour le recours simple; et il ajoute, déf. 14, que *nulla cessio fieri potest correo debendi qui totum solvit, nisi fiat in ipsâ solutione aut præcedente pacto cedendarum actionum :* voilà pour le recours privilégié. Il ne peut, comme on voit, avoir lieu en vertu d'une stipulation faite après coup; à plus forte raison ne peut-on pas l'admettre de plein droit. C'est précisément la conséquence qu'établit le président Favre, et il l'appuie d'un arrêt rendu au sénat de Chambéri, le 1er février 1603.

» A l'égard de la bonne foi et de la simplicité qui doivent régner dans toutes les affaires de société, on pourra bien, lorsqu'on réformera notre Code, les proposer comme des considérations propres à faire sous-entendre la clause de Subrogation dans tous les paiemens que les associés font les uns pour les autres; mais dans l'état actuel de la jurisprudence, quel effet peut-il en résulter? Ce n'est point par des raisons de convenance qu'on établit des privilèges, c'est par des lois; et il n'y a bien sûrement aucune loi qui déroge, en faveur des associés, à la règle exclusive de toute Subrogation, lorsqu'il ne s'agit pas d'un paiement fait, soit par un créancier hypothécaire, soit par un tiers acquéreur, à un créancier hypothécaire.

» La déclaration du 13 juin 1705 (rappelée ci-dessus, §. 2) suffirait seule pour trancher la question. Si, pour établir une Subrogation légale à un simple droit de contrainte par corps, à un privilége qui ne porte aucun préjudice aux créanciers du débiteur, et n'affecte que sa personne, il a fallu déployer tout l'appareil de la puissance législative; si même le souverain a cru devoir, à cet égard, laisser subsister en certains points les bornes posées par les principes, comment ose-t-on ici soute-

(1) *V.* les articles *Ayuwe* et *Tenue par loi.*

ntr sérieusement qu'un paiement pur et simple emporte de plein droit Subrogation à un privilége réel, à une hypothèque, à un titre de préférence, qui dépouille une foule de créanciers pour donner tout à un seul » ?

Sur ces raisons, arrêt du 27 juillet 1782, au rapport de M. Durand d'Elecourt, qui « met » l'appellation et la sentence dont a été ap» pelé au néant, en ce que par icelle lesdits » syndics ont été condamnés à payer audit » Lemoine, comme créancier par *ayawes*, » les capitaux deniers des rentes constituées » les 26 mars et 17 octobre 1761, au profit » respectif de N..... Flory et N..... veuve » Biziaux, et aux dépens; émendant quant à » ce, ordonne que lesdites rentes, tant en » principaux qu'en cours, seront remboursées » audit Lemoine jusqu'à concurrence des part » et moitié mentionnées en ladite sentence, *et* » *ce sans privilége ni préférence, conformément à l'acte d'accord passé entre les créanciers* dudit Tribout, le 3 juillet 1778. »

D'après des décisions aussi formelles, il ne peut être douteux qu'il ne faille une Subrogation expresse au co-débiteur solidaire qui veut, en acquittant la dette commune, se conserver les hypothèques qui y sont attachées.

[[Le Code civil en décide autrement. (*V.* ci-devant, §. 2, n° 3).

Mais sa disposition sur ce point est tellement regardée comme introductive d'un droit nouveau, que la cour de cassation croit devoir maintenir les arrêts qui la jugent inapplicable aux paiemens faits avant la promulgation de ce Code.

Le 12 janvier 1793, Michel Jacquemin et Dominique Jacquemin, son frère, reconnaissent par acte notarié, l'un qu'il doit aux hospices de Nanci une somme d'argent, l'autre, qu'il se porte caution du paiement de cette somme. Dans la suite, Dominique Jacquemin paie la dette de son frère, sans se faire subroger à l'hypothèque des hospices. Quelque temps après, le prix de l'immeuble qui avait été grevé de cette hypothèque, est mis en distribution. Le sieur Pierre, créancier de Dominique Jacquemin, prétend, en cette qualité et comme exerçant les droits de son débiteur, se faire colloquer à la date de l'hypothèque des hospices, hypothèque, dit-il, dans laquelle Dominique Jacquemin a été subrogé de plein droit par le paiement qu'il a fait de la dette qu'il avait cautionnée. Les créanciers de Michel Jacquemin soutiennent qu'il n'y a pas eu de Subrogation au profit de Dominique, et font valoir toutes les autorités ci-dessus rappelées.

La cour d'appel de Nanci rejette la prétention du sieur Pierre, mais elle motive fort singulièrement son arrêt : elle reconnaît que Dominique Jacquemin a été subrogé de plein droit à l'hypothèque des hospices ; mais elle déclare que le bénéfice de cette Subrogation lui était absolument personnel, et que ses créanciers ne sont pas recevables à s'en prévaloir.

Le sieur Pierre se pourvoit en cassation, et soutient que, par cet arrêt, la cour d'appel de Nanci a violé les art. 2029 et 1166 du Code civil : « aux termes de l'art. 2029 (dit-il), la caution qui a payé la dette, est subrogée de plein droit aux actions du créancier contre l'obligé principal. L'art. 1166 déclare que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs; il n'en excepte que ceux exclusivement attachés à la personne ; mais un droit de Subrogation légale n'est pas de la nature de ceux qui ne peuvent être exercés que par le débiteur personnellement.

» Ainsi, dès l'instant que la cour d'appel reconnaissait elle-même que la Subrogation avait eu lieu au profit de Dominique Jacquemin, aux termes de l'art. 2029, elle devait, par une conséquence nécessaire de l'art. 1166, admettre le créancier de celui-ci à l'exercice de ce même droit de Subrogation. En jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles cités du Code, et son arrêt ne peut échapper à la cassation ».

Par arrêt du 1er septembre 1808, au rapport de M. Borel, et sur les conclusions de M. Daniels,

« Attendu que la cause ayant son origine antérieurement à la publication du Code civil, ne pouvait être jugée d'après les dispositions de l'art. 2029 de ce Code ; que, sous la législation qui a précédé la publication du Code civil, aucune disposition formelle de la loi n'avait accordé la Subrogation *ipso jure* à la caution qui paie pour l'obligé principal ; qu'il n'existait, sur ce point de droit, ni la série de décisions conformes, ni l'unanimité des opinions des jurisconsultes, qui pourraient constituer une jurisprudence constante ; ce qui suffit pour éloigner le reproche de contravention à une loi précise, seule base légitime d'une ouverture de cassation ;

» La cour rejette le pourvoi..... ».]]

II. On a rapporté ci-devant, §. 1, un arrêt du 24 juillet 1782, rendu sur une question occasionnée par un paiement lors duquel le co-obligé avait eu soin de se faire accorder cette Subrogation.

III. Ces sortes de paiemens peuvent encore donner lieu à d'autres difficultés.

Par exemple, la Subrogation conventionnelle au profit d'une caution qui a été contrainte de payer, sur les poursuites du créancier, peut-elle être contestée, sous prétexte que le cautionnement a été fait par un acte séparé du contrat de constitution et dans lequel le principal débiteur n'était pas partie ?

Une sentence des requêtes du palais de Paris avait jugé pour la négative ; mais par arrêt du 13 mai 1693, rapporté à la suite des OEuvres de Renusson, le parlement de Paris a décidé que la Subrogation devait avoir tout son effet. On citait, de la part de l'appelant, un arrêt semblable, qui avait été rendu tout récemment à la première chambre des enquêtes.

IV. Une autre question, plus fréquente et plus controversée, est de savoir si le co-obligé qui a payé comme contraint et avec Subrogation expresse, peut agir solidairement contre chacun de ses co-débiteurs, sa part seule déduite ?

L'affirmative avait autrefois un grand nombre de partisans ; elle a même été suivie très-long-temps au parlement de Paris, et l'on trouve dans le recueil de Pollet, §. 6, deux arrêts du parlement de Flandre, des 24 février et 14 mars 1696, qui l'ont encore confirmée.

Aujourd'hui, l'opinion la plus commune est que le co-débiteur, quoique subrogé par une clause expresse aux droits du créancier, ne peut agir contre chacun de ses co-obligés que pour leur portion virile, répartition faite, suivant les règles tracées ci-dessus, §. 2, des surcroîts de charges occasionnés par les insolvabilités qui peuvent être survenues parmi quelques-uns d'entr'eux.

« La raison en est (dit Pothier) qu'autrement, il se ferait un circuit d'actions; car celui de mes co-débiteurs à qui j'aurais fait payer le total de la créance, ma part déduite, aurait droit, en payant, d'être pareillement subrogé aux actions du créancier, sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu ; et en vertu de cette Subrogation, il aurait droit d'exiger de moi, sous la déduction de sa part, ce qu'il m'aurait payé, puisque je suis tenu moi-même de la solidarité.

» Je ne pourrais pas dire, pour me défendre de ce circuit, que je ne suis plus débiteur, ayant payé le créancier ; car, au moyen de la Subrogation, le paiement que j'ai fait n'a éteint la dette que pour la part dont j'en étais tenu pour moi-même, et non pour le surplus ; au moyen de la Subrogation, j'ai plutôt acquis la créance du créancier pour le surplus, que je ne l'ai acquittée ; mais étant remboursé par mon co-débiteur qui aurait aussi requis la Subrogation, cette créance, pour le surplus, et sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu, passerait en la personne de ce co-débiteur; ce ne serait plus moi, mais lui qui serait le *procurator in rem suam* du créancier, et qui, en cette qualité, aurait droit d'exercer contre moi les actions du créancier pour ce surplus et me faire rendre ce qu'il m'a payé ».

Il paraît que ces raisons, qui ont fait changer la jurisprudence du parlement de Paris, n'ont pas produit le même effet en Provence. La Touloubre rapporte un acte de notoriété du parquet d'Aix, du 19 février 1720, qui atteste que « l'usage est qu'on accorde toujours » la solidaire au corrée qui paie comme con» traint et forcé, et qui vient demander cette » solidaire *ex nomine cesso*, et avec Subro» gation des droits et actions ».

Thibaut, *Traité des Criées*, chap. 15, §. 2, assure que telle est aussi la jurisprudence du parlement de Dijon, et il en remarque deux arrêts des 1er mai 1698 et 10 avril 1713.

[[*V.* L'art. 1214 du Code civil, rapporté au mot *Solidarité*.

§. VI. *De la Subrogation que peut acquérir l'héritier bénéficiaire en payant de ses deniers les dettes de la succession.*

L'art. 1251 du Code civil porte que « la » Subrogation a lieu de plein droit.....au pro» fit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de » ses deniers les dettes de la succession » ; ce qui est conforme à la doctrine de Renusson, chap. 7, n° 76.]]

§. VII. 1° *De la Subrogation que peut acquérir un étranger en payant la dette d'un tiers.*

[[2° *De celle que peut acquérir un mandataire qui a traité en son nom pour le compte d'autrui, en payant de ses propres deniers la dette de son commettant*]].

I. On devine bien, d'après les maximes établies dans le §. 5, qu'il n'y a point de Subrogation pour l'étranger qui, en payant ou fournissant les deniers pour payer la dette d'un tiers, n'a pas eu la précaution de la stipuler expressément.

C'est en effet ce que décide clairement la

loi 1, C. *de his qui in priorum creditorum locum succedunt.*

Parmi les arrêts qui l'ont jugé de même, on en remarque un du parlement de Toulouse, du 1er août 1628, rapporté par d'Olive, liv. 4, chap. 14; et un autre du graud conseil de Malines, du 1er février 1712, inséré dans le recueil de Coloma.

[[Cette jurisprudence est expressément confirmée par le Code civil: après avoir dit, art. 1249, que la Subrogation est conventionnelle ou légale, il ajoute, art. 1250 : « Cette » Subrogation est conventionnelle, lorsque » le créancier recevant son paiement d'une » tierce personne, la subroge dans ses droits, » actions, priviléges ou hypothèques con- » tre le débiteur : cette Subrogation doit » être expresse et faite en même temps que » le paiement ».

II. Quant à la question de savoir si le mandataire qui paie de ses deniers la dette qu'il avait contractée pour le compte de son commettant, mais en son nom personnel, est, par cela seul, subrogé aux droits et priviléges de celui avec lequel il a traité, *V.* l'article *Revendication*, §. 1, nº 6 *bis*.]]

§. VIII. *Questions générales sur la Subrogation.*

I. La Subrogation conventionnelle peut-elle être accordée par le débiteur sans la participation ni le consentement du créancier ?

La loi *creditor* 3, §. 8, D. *qui potiores in pignore*, fait entendre qu'elle peut l'être, et telle est la décision expresse de Dumoulin, *de usuris*, quest. 37, nº 276. C'est aussi ce qu'ont jugé trois arrêts du parlement de Paris, des 24 février 1592, 12 août 1600 et 15 février 1605, rapportés par Chopin, *de moribus Parisiorum*, liv. 3, tit. 2, et par Brodeau, lettre C, §. 38.

L'édit du mois de mai 1609 est calqué sur cette jurisprudence et la confirme. Il porte « que ceux qui fourniront leurs deniers aux » débiteurs de rentes constituées au denier 12, » avec stipulation expresse de pouvoir succé- » der aux hypothèques des créanciers qui » seront acquittés de leurs deniers, et des- » quels iceux deniers se trouveront avoir été » employés à l'acquit d'icelles rentes et au- » tres sommes, par déclaration qui sera faite » par les detteurs lors de l'acquit et rachat, » soient et demeurent subrogés de droit aux » droits, hypothèques, noms, raisons et ac- » tions desdits anciens créanciers, sans autre » cession et transport d'iceux ».

On ne peut rien, comme l'on voit, de plus clair ni de plus décisif que cet édit. Cependant il n'a pas suffi pour dissiper tous les doutes sur l'exactitude de la jurisprudence qu'il avait si positivement confirmée. Plusieurs le regardaient comme particulier au cas de la réduction des rentes, qui en avait été la cause occasionnelle. Il a donc fallu de nouveaux réglemens sur ce point, et il en a été effectivement porté trois : le premier par le parlement de Rouen, le second par celui de Paris, le troisième par la cour des aides de la même ville.

L'art. 132 des placités de Normandie déclare que « le principal obligé..... peut » subroger celui qui a baillé les deniers pour » acquérir la dette, à l'hypothèque d'icelle » sur ses biens ».

L'arrêté du parlement de Paris du 6 juillet 1690, porte « que, pour succéder et être » subrogé aux actions, droits, hypothèques » et priviléges d'un ancien créancier sur les » biens de tous ceux qui sont obligés à la dette, » ou de leur caution, et pour avoir droit de » les exercer ainsi et en la manière que les- » dits créanciers l'auraient pu faire, il suffit » que les deniers du nouveau créancier soient » fournis à l'un des débiteurs, avec stipula- » tion faite par acte passé par-devant notaire, » qui précède le paiement, ou qui soit de » même date, que le débiteur emploiera les- » dits deniers au paiement de l'ancien créan- » cier; que celui qui les prête, sera subrogé » aux droits dudit ancien créancier, et que, » dans la quittance ou dans l'acte qui en tien- » dra lieu, lesquels seront aussi passés par- » devant notaires, il soit fait mention que le » remboursement a été fait des deniers four- » nis à cet effet par le nouveau créancier, sans » qu'il soit besoin que la Subrogation soit » consentie par l'ancien créancier, ni par au- » tres débiteurs et cautions, ou qu'elle soit » ordonnée par justice; et qu'en attendant » que le roi en ait autrement ordonné, la » compagnie suivra cette jurisprudence dans » toutes les occasions qui s'en présenteront ».

Il y a un arrêté semblable de la cour des aides de Paris, du 9 avril 1691.

[[Et l'on en retrouve les dispositions dans l'art. 1250 du Code civil :

« La Subrogation est conventionnelle (y est-il dit), lorsque le débiteur emprunte une somme, à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier.

» Il faut, pour que cette Subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que, dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a

été empruntée pour faire le paiement, et que, dans la quittance, il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier.

» Cette Subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier ».]]

II. Ces dispositions paraissent supposer qu'il n'est pas nécessaire, pour donner effet à la Subrogation, que l'emploi des deniers avancés pour acquitter la dette, soit fait par celui même de qui ils proviennent, et qu'il peut en laisser le soin au débiteur.

Mais, dans ce cas, il faut que le débiteur fasse l'emploi assez promptement pour qu'on ne puisse pas soupçonner qu'il paie avec d'autres deniers que ceux qui lui ont été prêtés avec clause de Subrogation. La loi 24, §. 3, D. *de rebus auctoritate judicis*, y est formelle : *eorum ratio*, dit-elle, *prior est creditorum quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit : pervenisse autem quemadmodum accipimus ? utrùm si statim perfecta est ab inferioribus ad privilegiarios, an verò et si per debitoris personam ; hoc est, si antè ei numerata sit, et sic debitoris facta creditori privilegiario numerata est ? Quod quidem potest benignè dici, si modò non post aliquod intervallum id factum sit.*

Les auteurs ne sont pas d'accord sur l'intervalle que le débiteur peut laisser entre l'emprunt et l'emploi.

Renusson, chap. 11 et 12, veut que l'un soit fait le même jour que l'autre.

Bacquet, *des droits de justice*, chap. 2, n° 241, donne jusqu'au lendemain ; et son opinion a été confirmée par un arrêt du parlement de Toulouse, du 2 mai 1678, inséré dans le recueil de Catellan, liv. 5, chap. 29.

L'auteur des notes sur les questions alphabétiques de Bretonnier, dit, au mot *Subrogation*, que le parlement de Bordeaux permet de ne faire l'emploi que trois jours après l'emprunt.

Il y a des auteurs qui accordent dix jours.

D'autres, plus indulgens encore, tels que le *Praticien français*, chap. 4, *des actions hypothécaires*, et Serieux, sur Renusson, chap. 11, n° 19, accordent jusqu'à six mois. Mais, dit Thibaut, dans son *Traité des Criées*, « ce délai paraît trop long ; doit-on souffrir » qu'un débiteur garde des deniers chez lui, » tandis qu'il est tenu d'en faire l'emploi ? C'est » pour prévenir tout inconvénient à cet égard, » qu'on a soin de stipuler dans les actes, que » le remboursement sera fait dans un cer- » tain temps ».

[[Le Code civil a imité là-dessus le silence des règlemens cités ; et, sans doute, on doit en conclure qu'à quelque époque que se fasse l'emploi, il y a lieu à la Subrogation, pourvu que les autres conditions prescrites par l'art. 1250, soient remplies.]]

III. On a remarqué que l'édit de 1609 et les arrêtés de 1690 et 1691 exigent une déclaration expresse, lors du paiement, que les deniers proviennent de celui à qui la Subrogation a été accordée. Cette disposition est-elle de droit commun ?

L'arrêt du parlement de Toulouse qu'on citait tout à l'heure, a jugé qu'elle ne l'est pas, et que des présomptions sur l'identité des deniers peuvent suppléer à une déclaration d'emploi.

Raviot, sur Perrier, quest. 299, n° 27, en rapporte un semblable, rendu au parlement de Dijon, le 17 mai 1727 : mais il y a lieu de croire que, si la question se représentait, elle serait jugée tout différemment, on ne dit pas aux parlemens de Toulouse et de Dijon même, qui, ayant reçu l'édit de 1609, sont obligés de s'y conformer, mais par ceux de Besançon, de Douai et de Nancy, qui cependant n'ont aucune ordonnance ni règlement particulier sur les Subrogations.

A la vérité, les lois romaines ne s'expliquent pas formellement sur la nécessité de la déclaration d'emploi ; mais ne la supposent-elles pas assez, en exigeant, pour condition essentielle de la Subrogation, que l'argent du subrogé serve à payer le créancier ? Exiger un fait, c'est implicitement en exiger la preuve, puisqu'aux yeux de la justice, *non esse et non apparere sunt unum et idem.* D'ailleurs l'édit de 1609 est le meilleur commentaire des lois romaines sur cette matière ; il n'a fait, dit M. le chancelier d'Aguesseau, dans une lettre du 20 mars 1743, *que suivre exactement leurs principes et leurs dispositions.*

IV. Nous avons dit que la déclaration d'emploi doit être faite lors du paiement. Faut-il donc qu'elle soit insérée dans la quittance ?

On trouve, dans le recueil de Perrier, à l'endroit cité, un arrêt du parlement de Dijon, du 23 août 1668, par lequel il a été jugé que la déclaration dont il s'agit, est valable, lorsqu'elle est faite le jour du paiement, quoique par un acte séparé et devant un autre notaire.

Le receuil de La Touloubre nous fournit un acte de notoriété du parquet d'Aix, du 30 mars 1697, qui est conforme à cette décision : « Attestons (porte-t-il) que, suivant l'usage » et les arrêts de ce parlement, pour qu'un

» étranger soit subrogé aux droits et hypo-
» thèques d'un créancier, il faut qu'il appa-
» raisse par son contrat qu'il a prêté au débi-
» teur pour acquitter ledit créancier, et
» qu'il conste de l'emploi effectif et paiement
» de ces mêmes deniers audit créancier, le-
» quel emploi est suffisamment justifié par la
» déclaration faite par le débiteur immédia-
» tement après le paiement, quoique par
» un acte séparé de la quittance dudit créan-
» cier ».

Mais si cette déclaration n'était faite que le lendemain de la quittance, elle serait nulle, et il n'y aurait point de Subrogation. C'est ce qu'a décidé un arrêt du parlement de Dijon, du 8 mai 1652, rapporté dans les observations de Raviot sur Perrier.

Il y a plus : dans le ressort du parlement de Paris, il est défendu, par un arrêt de réglement du 31 août 1676, « à tous notaires, » de recevoir des particuliers, des déclarations » et Subrogations d'emprunts de deniers, si- » non par les actes qui contiendront les acquits » et rachats des dettes qui en seront faits, à » peine de nullité ». Cet arrêt est rapporté par Renusson; et l'on voit dans le même auteur, que la disposition en a été confirmée par un autre du 30 juillet 1682. Nous pouvons ajouter qu'elle l'a été également par les arrêtés de 1690 et 1691.

[[Elle l'est aussi, comme on l'a vu plus haut, n° 1, par l'art. 1250 du Code civil.]]

V. C'est une question si le créancier peut subroger, de son propre mouvement, et sans l'intervention du débiteur, celui qui le rembourse ou fournit les deniers pour le rembourser?

Pour la résoudre, il faut distinguer le cas du remboursement fait par un co-débiteur, d'avec le cas du remboursement fait par un étranger.

Dans le premier, point de doute que la Subrogation ne soit valable et n'ait tout son effet. Les co-débiteurs opposeraient en vain le défaut de leur consentement; ils ne seraient point écoutés : témoin ce que dit Renusson au sujet du fidéjusseur : « S'il était obligé » d'avoir le consentement du débiteur princi- » pal, il pourrait arriver qu'il serait contraint, » par le créancier, de payer avant que d'avoir » ce consentement du débiteur; il en pour- » rait souffrir préjudice, pour avoir cautionné » son ami et avoir voulu lui faire plaisir. D'ail- » leurs, le débiteur n'a point d'intérêt d'em- » pêcher que sa caution soit subrogée au créan- » cier; au contraire, il a intérêt de n'avoir » plus qu'un créancier; car le créancier agis- » sant contre la caution, et la caution agissant » en recours contre le débiteur principal, cela » pourrait causer des frais ».

[[Ajoutons qu'aujourd'hui la Subrogation aurait, en ce cas, lieu de plein droit. *V.* l'art. 1251 du Code civil, rapporté ci-dessus, §. 2, n° 3.]]

Dans le second cas, Renusson prétend que la Subrogation serait nulle comme telle, mais qu'elle vaudrait comme cession et transport, et en aurait tous les effets.

Le point d'où il part, est que l'étranger n'avait pas droit de payer le créancier malgré lui, ni par conséquent de l'obliger à lui accorder une Subrogation à ses droits. Dès-lors, poursuit-il, on ne peut regarder ce qui s'est fait entre l'un et l'autre, que comme un traité dans lequel ils n'ont eu chacun en vue que leurs propres intérêts; l'un a fait le paiement pour acquérir les droits du créancier; il ne l'aurait point fait sans cette condition : l'autre n'aurait pas été payé, s'il n'eût subrogé l'étranger à ses droits. « Ainsi, il est véritable de dire » que c'est un négoce qui s'est fait entr'eux, » de même qu'une véritable cession et trans- » port..... Il faut donc, en ce cas, que le » créancier qui a subrogé, demeure garant » de la rente, si ce n'est qu'il soit dit que la » Subrogation est faite sans aucune garantie, » comme aussi que l'étranger qui a acquis la » rente, et qui a été subrogé par le créancier, » est sujet aux hypothèques auxquelles la rente » pouvait être affectée; et quoique les con- » tractans n'aient parlé que de Subrogation, » néanmoins la teneur entière de l'acte et la » nature de la chose qui paraît avoir été faite, » font connaître que c'est une véritable ces- » sion et transport, qui en doit avoir tous » les effets : autrement, ceux qui auraient des » rentes, pourraient en disposer par cette voie » au profit de qui bon leur semblerait, frus- » trer leurs créanciers, et leur ôter le moyen » d'agir en déclaration d'hypothèque contre » le subrogé, qui est un véritable acquéreur; » il y aurait de la fraude. Il y a donc nécessité » de conclure que telle Subrogation qui est » faite seulement par le créancier, et à la- » quelle le débiteur n'a point consenti, est une » véritable cession et transport, et par consé- » quent qu'elle en doit avoir tous les effets ».

[[Mais le principe fondamental de cette doctrine est-il bien vrai? Est-il bien vrai que le créancier ne peut pas être forcé par un étranger de recevoir ce qui lui est dû?

La loi 72, §. 2, D. *de solutionibus*, décide nettement que l'offre faite au créancier, par quelque personne que ce soit, au nom et à

l'insu du débiteur, de recevoir le paiement de sa dette, constitue le créancier en demeure.

L'ordonnance du mois de mars 1673, tit. 5, art. 3, veut aussi qu'en cas de protêt d'une lettre de change, elle puisse être acquittée par quelque personne que ce soit; et sa disposition est expressément renouvelée par l'art. 158 du Code de commerce.

« De ces textes (dit Pothier, *des obligations*, n° 464), on doit tirer cette règle, que les offres faites au créancier, par quelques personnes que ce soit, au nom du débiteur, de recevoir le paiement de ce qui lui est dû, sont valables et constituent le créancier en demeure, *lorsque le débiteur a intérêt à ce paiement;* comme lorsque ces offres sont faites pour arrêter les poursuites que ce créancier aurait commencées, ou lorsqu'elles sont faites pour arrêter le cours des intérêts.

» Mais (continue Pothier), si le paiement offert ne procurait aucun avantage au débiteur, et n'avait d'autre effet que de lui faire changer de créancier, ces offres ne devraient pas être écoutées »; et tel est l'avis de Dumoulin, *de usuris*, quest. 45.

Il résulte au moins de là que, dans les cas où le débiteur a intérêt au paiement offert en son nom par un étranger, le créancier ne peut pas en refuser l'offre; ainsi, nul doute que, dans ces cas, la subrogation accordée par le créancier, ne soit une Subrogation proprement dite.

Il y a plus. L'art. 1236 du Code civil décide que, dans tous les cas, et par conséquent dans celui où le débiteur n'a aucun intérêt au paiement offert, le créancier est tenu de le recevoir, pourvu que le tiers qui l'offre, n'y mette pas la condition que le créancier sera tenu de le subroger à ses droits.

La doctrine de Renusson est donc aujourd'hui inadmissible dans tous les cas; et dans tous les cas, on doit tenir pour constant que ce n'est pas une cession et transport, mais une Subrogation proprement dite, qui s'opère, lorsque le créancier recevant son paiement des mains d'un tiers, subroge celui-ci à ses droits. Telle est effectivement, comme on l'a vu plus haut, §. 7, la disposition expresse de l'art. 1250 du Code civil.

Au surplus il résulte du même article, que l'intervention du débiteur n'est pas nécessaire pour que cette Subrogation ait son effet.]]

VI. La Subrogation accordée par un débiteur à celui dont proviennent les deniers avec lesquels il a éteint sa dette, doit-elle avoir effet contre les cautions et co-obligés qui n'y ont pas donné leur consentement?

La jurisprudence du parlement de Paris a varié fort long-temps sur cette question.

On cite pour la négative, cinq arrêts des 20 janvier 1677, 23 février 1679, 6 février 1681, 4 mars 1682 et 14 mars 1684. Les espèces en sont retracées par Renusson, chap. 23.

Le même auteur en rapporte cinq autres qui ont jugé le contraire: ils sont des 19 août 1673, 28 avril, 19 juillet et 20 août 1679, 31 mars 1681.

Enfin, le réglement de 1690 a décidé la question en faveur de ce dernier parti. Il porte, comme on l'a remarqué plus haut, qu'en observant toutes les formalités qu'il prescrit, on sera subrogé « aux actions, » droits, hypothèques et priviléges de l'an» cien créancier, sur les biens de tous ceux » qui sont obligés à la dette, ou de leur » caution, et auront droit de les exercer » ainsi et en la manière que les créanciers » l'auraient pu faire ».

L'auteur des notes sur les *questions alphabétiques* de Bretonnier, prétend que la jurisprudence du parlement de Dijon est conforme à ce réglement. C'est un point que nous ne pouvons vérifier. Tout ce que nous savons, c'est qu'on trouve dans le recueil de Perrier, quest. 217, un arrêt de cette cour du 20 février 1681, qui juge que « la caution n'est pas » déchargée par le remboursement du créan» cier, avec Subrogation au profit de celui » qui a prêté ses deniers, sans que la caution » en ait rien su ».

Le parlement de Normandie a décidé le contraire par l'art. 132 des placités de 1666; en voici les termes: « L'obligation du pleige » est éteinte, quand la dette est payée par » le principal obligé, lequel, néanmoins, » peut subroger celui qui a baillé les deniers » pour acquitter la dette, à l'hypothèque » d'icelle sur ses biens seulement, et non » sur ceux du pleige ».

Il paraît que le parlement de Bretagne a adopté la même décision. *V.* le Recueil d'arrêts de Sauvageau, liv. 1, chap. 235.

Nous n'entrerons pas dans le détail des moyens dont on se sert respectivement pour justifier ces deux opinions; cela nous mènerait trop loin: il suffit de remarquer que Renusson, son additionnaire, Bretonnier, et plusieurs autres auteurs, conviennent, quoique attachés au parlement de Paris, que la jurisprudence du parlement de Rouen est plus conforme aux principes.

[[C'est cependant à celle du parlement de Paris que le Code civil a donné la préférence : « La Subrogation établie par les articles précédens (porte-t-il, art. 1252), a lieu, tant » contre les cautions que contre les débiteurs ».

VII. La Subrogation consentie par le créancier qui reçoit une partie de sa dette, peut-elle lui préjudicier? Peut-elle empêcher qu'il ne soit payé de ce qui lui reste dû, préférablement au subrogé qui a fourni au débiteur les deniers avec lesquels celui-ci s'est libéré partiellement?

Leprêtre, cent. 1, chap. 69, rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 4 juin 1604, qui a jugé que non; et cette décision est incontestable.

[[Elle est même érigée en loi par l'art. 1252 du Code civil : « La Subrogation établie par » les articles précédens....., ne peut nuire » au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en » partie : en ce cas, il peut exercer ses droits, » pour ce qui lui reste dû, par préférence à » celui dont il n'a reçu qu'un paiement » partiel ».]]

« On a prétendu (dit Denisart) qu'il en devait être autrement quand un héritier bénéficiaire payait, à un créancier de la succession, une partie de sa dette; et qu'en ce cas, il fallait que l'héritier fût remboursé avant que le créancier touchât ce qui lui restait dû : on citait sur cela la loi *scimus*, C. *de jure deliberandi*; Lebrun, *Traité des successions*, liv. 3, chap. 4; et Renusson, *Traité de la Subrogation*, chap. 7, n° 76.

» Mais malgré ces autorités, la cour, par arrêt rendu le lundi 1er septembre 1760, au rapport de M. Beze de Lys, à la seconde chambre des enquêtes, entre les héritiers bénéficiaires du cardinal de Mailli et l'archevêque de Reims, a jugé que l'archevêque de Reims, qui avait été payé du montant de sa créance, dont les héritiers bénéficiaires de son prédécesseur avaient fait leur propre affaire, toucherait néanmoins avant eux sur le reliquat du compte de l'économe-séquestre, une somme de 500 et quelques livres, à quoi se montaient les dépens accessoires de ladite créance, qu'ils n'avaient été condamnés de payer que comme héritiers bénéficiaires ».

[[On devrait encore aujourd'hui juger de même. Car l'art. 1252 du Code civil se réfère aux *articles précédens*, et, par conséquent, à l'art. 1251, dont une des dispositions est que « la Subrogation a lieu de plein droit... » au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé » de ses deniers les dettes de la succession ».

Mais résulte-t-il de l'art. 1252 du Code civil, que, lorsqu'un adjudicataire par expropriation forcée emprunte, après la clôture de l'ordre et la délivrance des bordereaux, pour payer quelques-uns des créanciers colloqués utilement, les prêteurs avec subrogation ne peuvent venir sur le prix de l'adjudication qu'après que tous les créanciers du débiteur exproprié ont été payés? En résulte-t-il que le débiteur exproprié lui-même doit être préféré aux prêteurs avec subrogation, pour la partie du prix de l'adjudication qui devait lui rester après le paiement intégral de tous les bordereaux délivrés à ses créanciers?

Cette question a été agitée et jugée dans l'espèce suivante.

Le 16 brumaire an 4, décès de Pierre-François Didot, propriétaire d'une papeterie établie à Essonne. Sa veuve et ses enfans acceptent respectivement la communauté et sa succession.

Quelques années après, la veuve Dubost, créancière de Pierre-François Didot, poursuit, contre sa veuve et ses héritiers, l'expropriation forcée de la papeterie d'Essonne.

Le 17 germinal an 9, l'adjudication de cette papeterie est faite par le tribunal civil de Corbeil, à Marie-Marguerite Gamble, moyennant la somme de 272,500 francs qu'elle est chargée de payer conformément à l'ordre qui sera dressé et sur les bordereaux qui seront délivrés par le greffier.

Le 1er prairial suivant, la dame Gamble fait transcrire son adjudication au bureau des hypothèques de Corbeil.

Le même jour, une inscription d'office est prise contre elle au profit de la veuve et des héritiers de Pierre-François Didot et de leurs créanciers, pour sûreté du prix de l'adjudication même.

Le même jour encore, la veuve Dubost ouvre, au greffe du tribunal civil de Corbeil, un procès-verbal d'ordre et distribution du prix de l'immeuble adjugé.

Le 15 thermidor an 10, jugement par lequel l'ordre est homologué comme il suit.

Prix à distribuer, intérêts compris, 286,549 francs.

Au sieur Dancour, avoué, pour frais de poursuite, 18,856 francs 16 centimes.

Impositions privilégiées, 3231 francs 59 centimes.

Créances hypothécaires inscrites au profit de la veuve Didot, et des sieurs Delarue, Girardot, Lecacheur et Lemaître, 45,829 francs.

Total 67,916 francs 75 centimes.

Les autres créances inscrites sont rejetées ou renvoyées au partage par contribution du

restant de la somme à distribuer entre les créanciers chirographaires, restant qui s'élève à 218,632 francs 25 centimes.

Des 45,829 francs qui forment le montant des créances hypothécaires colloquées dans l'ordre, 35,829 francs sont payés sur le prix d'autres immeubles que la veuve et les héritiers de Pierre-François Didot font vendre à Paris.

En sorte que, déduction faite tant des créances privilégiées que des créances hypothécaires dont la collocation subsiste, la dame Gamble doit encore à la veuve et aux héritiers de Pierre-François Didot, ou à leurs créanciers chirographaires, plus de 250,000 francs.

Les choses en cet état, la veuve Dubost, qui avait poursuivi l'expropriation forcée de la papeterie et ouvert le procès-verbal d'ordre, étant rejetée de l'ordre même et renvoyée à la contribution pour sa créance personnelle, fait une saisie-arrêt entre les mains de la dame Gamble et introduit une instance de contribution.

Le 26 brumaire an 12, jugement du tribunal civil de Corbeil qui, prononçant sur cette instance, ordonne qu'il sera payé 1° par privilége, à la veuve Dubost, représentée à cet égard par son avoué Dancourt, 10,572 francs 22 centimes, pour frais de poursuite; 2° à la veuve Dubost, 74,209 francs 22 centimes; 3° au sieur Brunetière, 10,825 francs 8 centimes; 4° à Antoine et Christophe Dubost, 7563 francs 66 centimes; 5° au sieur Chavet et à la demoiselle Calouette, 3657 francs 87 centimes; 6° au sieur Brière de Mondetour, 8491 francs 49 centimes; 7° au sieur Carrière, 2007 francs 79 centimes; 8° au sieur Laporte, 5882 francs 56 centimes; 9° à la veuve Champion, 8204 francs 81 centimes; 10° à la veuve Duc, 333 francs 45 centimes; 11° au sieur Ragouleau, 16,407 francs 17 centimes; 12° au sieur Gibert, 459 francs 40 centimes; total 148,609 francs 82 centimes, somme qui n'absorbe pas, comme l'on voit, celle qui est à distribuer.

Ainsi, la dame Gamble satisfaisant à ses engagemens, il reviendra, à la veuve et aux héritiers Didot, toutes dettes payées, plus de 130,000 francs.

Mais la dame Gamble ne paie rien de ses propres deniers.

Le 29 prairial an 11 (18 juin 1803), elle emprunte, par acte notarié, des sieurs Fondrinier, une somme de 19,111 francs 72 centimes, *pour être employée au remboursement ci-après*. L'avoué Dancourt intervient dans le même acte, et reconnaît que la dame Gamble lui a payé, des mêmes deniers qu'elle vient d'emprunter, la même somme de 19,111 francs 72 centimes, liquidée à son profit par le jugement d'ordre du 15 thermidor an 10, « *de laquelle somme il quitte et décharge la-* » *dite dame Gamble et tous autres, consen-* » *tant la Subrogation au profit* desdits Fon- » drinier dans tous ses droits et actions, » privilèges et hypothèques résultans dudit » jugement, notamment dans l'effet de l'ins- » cription d'office prise par le conservateur » des hypothèques de Corbeil sur le prix de » l'adjudication ».

Le 22 vendémiaire et le 25 brumaire an 13, nouveaux actes notariés par lesquels la dame Gamble emprunte du sieur Bardot, et paie au sieur Dancourt, la somme de 10,000 francs adjugée par privilége à celui-ci pour frais de poursuite de contribution. Ces deux actes contiennent respectivement les mêmes déclarations que le précédent; et le sieur Dancourt intervient également dans le second, pour déclarer qu'il tient la dame Gamble quitte de la somme de 10,000 francs et qu'il subroge le sieur Bardot dans son privilége.

Les 14 et 17 nivôse de la même année et les 14 et 20 thermidor suivans, autres actes notariés par lesquels la dame Gamble emprunte du sieur Villoteau deux sommes, l'une de 4000, l'autre de 10,000 francs, qu'elle promet d'employer, comme elle les emploie en effet, à faire à la veuve Dubost un paiement à compte des 74,240 francs 33 centimes qui lui sont adjugés par le jugement de contribution du 26 brumaire an 12; et la veuve Dubost déclare pareillement subroger le sieur Villoteau dans tous ses droits, « sans aucune » garantie, et même sans concurrence avec ce » qui reste dû de sa créance ».

Le 30 germinal et les 9 et 20 floréal an 13, pareils emprunts du sieur Fournival et de la veuve Brasdor, pour rembourser au sieur Brunetière et aux sieurs Dubost les sommes qui leur sont respectivement allouées par le jugement de contribution; et pareilles déclarations de la part de ceux-ci.

Ces divers paiemens ainsi faits par le moyen d'emprunts successifs, la dame Gamble ne trouve plus de crédit et ne paie plus rien, soit aux créanciers colloqués, soit aux veuve et héritiers Didot.

Le 27 mai 1809, le sieur Laporte, cessionnaire des sieurs Fondrinier d'une somme de 7111 francs 72 centimes, à prendre dans celle de 19,111 francs 72 centimes, comprise dans l'obligation du 29 prairial an 11, fait à la dame Gamble un commandement de lui payer cette somme; et à défaut de paiement, il poursuit,

contre la dame Gamble, la revente à la folle-enchère de la papeterie d'Essonne.

Le 13 avril 1810, jugement du tribunal civil de Corbeil, qui, d'après ces poursuites, adjuge définitivement la papeterie d'Essonne au sieur Ragouleau, moyennant 196,000 francs.

Cette somme ne suffisant pas pour rembourser tous les créanciers colloqués et acquitter les frais de la revente à la folle-enchère, question de savoir sur qui tombera la perte occasionnée par la déconfiture, et notamment si les prêteurs subrogés aux créanciers remboursés par la dame Gamble, doivent concourir avec ceux qui n'ont rien reçu d'elle et exclure les veuve et héritiers Didot.

Le sieur Ragouleau, ne voulant pas prendre sur lui de décider cette question, les fait tous assigner devant le tribunal civil de Corbeil pour débattre entre eux leurs droits respectifs.

Les veuve et héritiers Didot concluent à ce qu'il soit ordonné que le prix principal et les intérêts dus par le sieur Ragouleau, seront payés 1° à ceux des créanciers hypothécaires qui ont été colloqués dans le jugement d'ordre du 15 thermidor et qui n'ont pas reçu leur remboursement; 2° aux créanciers chirographaires employés dans le jugement de contribution du 26 brumaire an 12 et non remboursés par la dame Gamble; à ce que le restant leur soit délivré à eux veuve et héritiers de Pierre-François Didot, comme représentant leur propre héritage; et à ce que les subrogés aux créanciers remboursés par la dame Gamble, soient déclarés purement et simplement non-recevables dans leur demande en préférence.

Les subrogés concluent, de leur côté, 1° contre le sieur Ragouleau, à ce que les procédures qu'il a faites contre tous les créanciers appelés dans l'instance, soient déclarées nulles et frustratoires, et à ce qu'il demeure seul chargé du coût de l'état qu'il s'est fait délivrer des inscriptions antérieures à la première adjudication; 2° contre la veuve et les héritiers Didot, ainsi que contre leurs ayant-cause, à ce qu'ils soient colloqués au même rang que l'ont été les créanciers qui les ont subrogés à leurs droits.

Le 11 mars 1812, jugement contradictoire ainsi conçu :

« En ce qui touche les conclusions prises par Desforges, Bardot, Villoteau, femme de Rochefort et veuve Debruges (subrogés ou cessionnaires de subrogés), parties de Choquet, et veuve Dubost, partie de Martin, tendantes à ce que Ragouleau, partie de Salmon, soit tenu en son nom de supporter le coût de l'état des inscriptions à lui délivrées lors de la transcription de son adjudication, parceque cet état contient d'autres inscriptions que les trois qui, suivant lesdites parties de Choquet et Martin, devaient seulement grever la transcription de l'adjudication faite au profit de la partie de Salmon, et aussi de supporter, comme frustratoires, les frais de procédure par elle faits contre les parties autres que celles qui, suivant les parties de Choquet et Martin, avaient seules des droits légitimes au prix de la papeterie d'Essonne,

» Attendu que les prétentions et contestations opposées dans la cause, justifient suffisamment la procédure qui a été suivie; que les réserves judiciairement faites par différens créanciers, d'attaquer par la suite l'adjudication sur folle-enchère, les discussions qui ont eu lieu sur l'effet des inscriptions postérieures à cette adjudication, ainsi que les saisies-arrêts, les oppositions et autres actes, achèvent cette justification de la procédure; que d'ailleurs la partie de Salmon ne pouvait juger elle-même du mérite des différentes inscriptions survenues à la transcription nouvelle, ni des demandes sans nombre qui s'accumulaient contre elle; qu'elle avait surtout le plus grand intérêt à faire lever lesdites inscriptions pour dégrever sa propriété; et que l'art. 2160 du Code civil l'autorisait à s'adresser à cet effet au tribunal; qu'ainsi, il n'y a rien dans la procédure qui ne soit régulier et conforme aux lois; déclare lesdites parties de Choquet et de Martin non-recevables à cet égard....;

» En ce qui touche Bardot, Villoteau, veuve Brasdor, Fournival, Desforges, Laporte, veuve Debruges et femme de Rochefort, comme ayant prêté des deniers à la dame Gamble, et se prétendant subrogés aux droits des créanciers colloqués qu'elle a remboursés avec ces deniers;

» Quant à la fin de non-recevoir par eux présentée et résultant de ce que la revente sur folle-enchère a eu lieu à la poursuite d'un créancier qui n'avait pas plus de droit qu'eux, et auquel cependant il n'a été opposé, ni défaut de qualité, ni insuffisance de titre, pour poursuivre cette revente;

» Attendu qu'il importait peu à toutes les parties que celui qui a poursuivi la folle-enchère de la dame Gamble, prît la qualité de créancier subrogé ou de simple créancier de la dame Gamble; que ce n'était pas alors le moment de lui contester son titre; que l'insolvabilité notoire de la dame Gamble rendait la revente de l'immeuble indispensable;

que cette poursuite entrait dans les intérêts des héritiers Didot et de tous les créanciers indistinctement; de sorte qu'il ne peut leur être opposé aucune fin de non-recevoir à cet égard;

» Au fond, considérant 1° que la veuve et héritiers Didot étaient les véritables propriétaires de la papeterie d'Essonne qui a été vendue sur eux, et par conséquent les véritables propriétaires du prix de la vente;

» 2° Que les collocations faites par les jugemens des 15 thermidor an 10 et 26 brumaire an 12, en faveur des créanciers des vendeurs, n'étaient que de simples indications de paiemens qui ne changeaient pas la qualité des vendeurs, et ne les libéraient pas envers leurs créanciers colloqués; de sorte que les vendeurs n'avaient pas cessé d'être les créanciers directs et premiers du prix de la vente;

» 3° Que la dame Gamble, en payant une partie de ce prix à quelques-uns des créanciers colloqués, a éteint d'autant sa dette, mais ne s'est libérée qu'en partie vis-à-vis des vendeurs, qui étaient ses créanciers directs pour le montant de son acquisition;

» 4° Que, si la dame Gamble, en empruntant différentes sommes pour effectuer lesdits paiemens, a fait subroger les tiers-prêteurs aux droits des créanciers Didot qu'elle remboursait, cette subrogation qui ne pouvait produire en faveur des prêteurs qu'un privilége de bailleurs de fonds sur elle ou contre elle (privilége qui a disparu par la revente sur folle-enchère), n'a pu, conformément aux dispositions du Code, nuire aux héritiers Didot, vendeurs et créanciers primitifs du prix de la vente, parceque cette subrogation insolite et vicieuse s'est opérée sans le concours de leur volonté; de sorte qu'on ne pouvait pas ainsi rendre pire leur condition, changer leurs propres créanciers, ni altérer leurs droits ou ceux de leurs autres créanciers;

» 5° Que les subrogations dont il s'agit, n'ont point été opérées conformément aux différentes dispositions du Code, pour produire effet au préjudice des vendeurs qui, n'ayant reçu indirectement qu'une partie de leurs créances, ont conservé leurs droits pour ce qui restait dû par préférence aux tiers devenus seulement créanciers de la dame Gamble qui a emprunté d'eux et s'est engagée personnellement envers eux;

» 6° Que, si l'on veut regarder les paiemens partiels qui ont été faits, comme l'acquittement d'une dette opéré par la dame Gamble, intéressée ou obligée à cet acquittement, la dette se trouvait éteinte d'autant, sans qu'il fût en son pouvoir de la faire revivre par une déclaration d'emprunt, de paiemens et de Subrogations qui pouvaient être simulés à l'effet de frustrer des créanciers légitimes, ou les vendeurs eux-mêmes, étrangers à ces stipulations; que, si l'on veut au contraire regarder les paiemens partiels comme acquittement d'obligation fait par des tiers non intéressés, alors les derniers n'ont pas pu, conformément aux dispositions du Code, être subrogés aux droits des créanciers avec lesquels ils traitaient par l'intermédiaire de la dame Gamble, et ce au détriment des créanciers personnels et directs du prix de la chose vendue;

» Enfin, que les paiemens faits à quelques-uns des créanciers des héritiers Didot, avec les deniers empruntés par la dame Gamble, ont opéré d'autant la libération des héritiers Didot, sans que les Subrogations consenties en faveur des prêteurs, puissent produire aucun effet, si ce n'est contre la dame Gamble, fol-enchérisseur, parceque les Subrogations sont entachées de nullité, comme contraires aux dispositions de la loi qui, dans cette matière, est de droit étroit et de rigueur;

» Sans s'arrêter ni avoir égard aux fins de non-recevoir et aux conclusions de Desforges et autres subrogés dans lesquelles le tribunal les déclare non-recevables et mal fondés, les déclare également non-recevables et mal fondés dans leurs prétentions sur le prix principal et intérêts de l'adjudication faite à la partie de Salmon par le jugement du 13 avril 1810».

Les subrogés appellent de ce jugement à la cour de Paris, et intiment les veuve et héritiers Didot, la veuve Dubost, le sieur Ragouleau, et la dame Gamble.

Le 18 janvier 1813, arrêt par lequel,

« En ce qui touche la procédure tenue par Ragouleau, adoptant les motifs des premiers juges;

» En ce qui touche la question de Subrogation, considérant que l'acquéreur qui ne paie qu'une partie du prix de son adjudication, soit au vendeur, soit aux créanciers directs de celui-ci délégués ou colloqués et exerçant ses droits, n'a fait qu'éteindre d'autant la dette dont il est tenu envers le vendeur, son créancier direct; que si l'acquéreur emprunte, comme dans l'espèce, pour effectuer un paiement partiel, les prêteurs qui ne lui fournissent leurs fonds que dans la vue de s'acquitter, suivent nécessairement sa foi et l'acceptent pour leur débiteur, sans se procurer ni créance ni action quelconque contre le vendeur qui se trouve payé et libéré jusqu'à concurrence avec les deniers prêtés; que la

subrogation qui est requise et consentie en faveur des prêteurs, ayant, comme l'emprunt, pour fondement essentiel et unique l'acquittement de la dette de l'acquéreur vis-à-vis le vendeur, il s'ensuit qu'il ne peut jamais préjudicier à ce dernier, et qu'elle ne devient efficace qu'au moment où le vendeur est totalement désintéressé; que c'est alors seulement que la Subrogation, obtenant toute sa vertu, confère aux prêteurs le privilége de bailleurs de fonds sur le bien acquis et dégagé de la créance primitive et privilégiée du vendeur, et par suite la préférence sur tous les créanciers personnels de l'acquéreur, relativement à ce même bien; que ces vérités sont une conséquence naturelle et évidente du principe posé dans l'art. 1252 du Code civil, qui veut que la Subrogation établie par les précédens articles, ne puisse nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie, et que, dans ce cas, il puisse exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel;

» La cour met les appellations au néant, ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet. »

Recours en cassation contre cet arrêt de la part des subrogés.

« Trois moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 5 mai 1814), vous sont proposés par les demandeurs:

» Fausse application de l'art. 2160 du Code civil, en ce que l'arrêt attaqué met à la charge de la somme à distribuer entre les divers créanciers, un état de frais d'inscriptions dont le sieur Ragouleau avait mal à propos et fustratoirement demandé la radiation;

» Attentat à l'autorité de la chose jugée, en ce que les subrogés ont été déclarés simples créanciers personnels de la dame Gamble, tandis que, par l'admission de l'un d'eux à la poursuite de la revente sur folle-enchère, ils avaient tous été jugés créanciers directs du prix de la première adjudication de la papeterie d'Essonne;

» Enfin, violation de l'art. 1250 et fausse application de l'art. 1252 du Code civil, en ce que des Subrogations consenties régulièrement en leur faveur, ont été privées de l'effet qu'y attachait la loi.

» Pour écarter le premier de ces moyens, vous n'avez besoin que de vous reporter aux motifs de la première disposition du jugement du tribunal de Corbeil.

» Le second moyen est également pulvérisé par les motifs du même jugement; mais ce qui est plus péremptoire encore, c'est qu'il ne paraît pas que les demandeurs aient reproduit en cause d'appel la prétendue exception de chose jugée qu'ils avaient fait valoir en première instance.

» Le troisième moyen se divise en deux branches; et d'abord il tend à prouver que, par l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Paris a violé l'art. 1250 du Code civil.

» Elle l'aurait sans doute violé, si, comme les premiers juges, elle avait considéré comme irrégulières des Subrogations qui sont revêtues de toutes les formes, de toutes les conditions requises par cet article. Mais c'est ce qu'elle n'a pas fait. Sans partager, à cet égard, les erreurs des premiers juges, elle a supposé ces Subrogations parfaitement en règle; et elle s'est bornée à en déterminer les effets, opération dans laquelle il est impossible qu'elle ait violé l'art. 1250, puisque l'art. 1250 est absolument muet sur les effets des Subrogations dont il prescrit les conditions et les formes.

» Le troisième moyen de cassation des demandeurs est-il mieux fondé, en tant qu'il a pour objet d'établir que l'art. 1252 du Code civil a été faussement appliqué par la cour d'appel de Paris?

» On ne parviendrait pas à éluder ce moyen, en disant que la fausse application d'une loi ne forme pas par elle-même, en matière civile, une ouverture de cassation. Car si, dans notre espèce, l'art. 1252 était appliqué à faux, l'art. 1249 serait, par cela seul, violé; et pourquoi? Parceque l'art. 1249 suppose clairement, il énonce même en termes assez explicites, que la subrogation fait entrer le subrogé dans tous les droits du créancier payé de ses deniers; et qu'ainsi, il y aurait nécessairement contravention à l'art. 1249, si, par une fausse application de l'art. 1252, l'effet que l'art. 1249 attribue à la Subrogation, était neutralisé.

» Il faut donc examiner franchement s'il est vrai que l'art. 1252 soit faussement appliqué par l'arrêt que vous dénoncent les demandeurs.

» Cet article ne fait que consacrer un principe qui avait été proclamé par tous nos anciens auteurs (1), mais sur lequel les cours supérieures ne s'étaient pas prononcées uniformément (2): *La subrogation*, porte-t-il, *ne peut*

(1) *V.* Renusson, *Traité de la Subrogation*, chap. 15, Pothier, *Introduction de la Coutume d'Orléans*, édition in-4o, page 765, Bourjon, *Droit commun de la France*, édition de 1770, tome 2, page 737, Lange, *Praticien français*, édition de 1699, page 233, arrêtés de Lamoignon, tit. 21, art. 56, 57, 58 et 59, Poullain du Parcq, *Principe du Droit français*, tome 7, page 249, Raviot sur Périer, quest. 340.

(2) Périer, quest. 340, rapporte un arrêt du Parlement de Dijon, du 23 février 1694, qui juge

nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

» Les demandeurs reconnaissent d'après ce principe, que, si c'était à la veuve et aux héritiers Didot qu'eût été dû le prix de la première adjudication de la papeterie d'Essonne, et si c'était à eux qu'une partie de ce prix eût été payée des deniers empruntés par la dame Gamble avec Subrogation, il n'y aurait nul doute que la veuve et les héritiers Didot ne dussent être préférés, pour le restant de ce même prix, aux prêteurs de la dame Gamble.

» Mais ils soutiennent que ce principe n'est pas applicable à l'espèce, et parceque la créance du prix de la première adjudication n'appartenait pas aux veuve et héritiers Didot, mais bien à ceux de leurs créanciers qui se trouvaient colloqués, tant dans l'ordre du 15 thermidor an 10 que dans la contribution du 26 brumaire an 12; et parcequ'en conséquence, c'est au profit de ceux de ces créanciers qui ont été remboursés partiellement avec Subrogation, et non pas au profit des veuve et héritiers Didot, qu'est établie la règle écrite dans l'art. 1252, *la Subrogation ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie.*

» La question se réduit donc à ce seul point : à qui des veuve et héritiers Didot ou de leurs créanciers colloqués, appartenait la créance du prix de la première adjudication, aux époques où ont été payés avec Subrogation, les à-comptes dont il s'agit?

» Si la créance de ce prix appartenait aux veuve et héritiers Didot, nul doute que l'arrêt attaqué n'ait fait une juste application de l'art. 1252.

» Si la créance de ce prix appartenait aux créanciers colloqués, jusqu'à concurrence de leurs collocations respectives, nul doute que l'art. 1252 n'ait été appliqué à faux.

» Pour nous fixer sur le parti à prendre dans cette alternative, examinons d'abord comment la question devrait être jugée, si la papeterie d'Essonne avait été vendue par un contrat volontaire, et que, par ce contrat, l'acquéreur eût été chargé d'en payer le prix aux créanciers des veuve et héritiers Didot, délégués à cet effet par l'acte même.

» Dans cette hypothèse, à qui appartiendrait la créance du prix de la vente?

» Il faudrait distinguer : ou la délégation faite du prix aux créanciers des vendeurs par le contrat de vente, serait une délégation parfaite et emporterait novation, ce qui ne pourrait avoir lieu, aux termes de l'art. 1275 du Code civil, qu'autant que les créanciers des vendeurs auraient déclaré, en acceptant la délégation, qu'ils déchargeaient les vendeurs eux-mêmes; ou cette délégation n'équipollerait qu'à une simple indication de paiement.

» Au premier cas, la créance du prix de la vente appartiendrait évidemment aux créanciers délégués par le contrat, et ne pourrait appartenir qu'à eux. Les vendeurs libérés envers leurs créanciers par la dation en paiement qu'ils leur auraient faite du prix de la vente, n'auraient plus rien à y réclamer; et alors, chacun des créanciers délégués qui recevrait des à-comptes de l'acquéreur avec clause de Subrogation, serait incontestablement seul en droit d'invoquer la disposition de l'art. 1252 qui dit que *la Subrogation ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie.*

» Mais, dans le second cas, la créance du prix de la vente n'appartient pas aux créanciers délégués par le contrat; elle n'appartient qu'aux vendeurs; et c'est ce qu'établit nettement Pothier, dans son *Traité des Obligations*, n° 57 : *Ce n'est pas stipuler pour un autre* (dit-il), *que de dire que la chose ou la somme que je stipule, sera délivrée ou payée à un tiers désigné par la convention. Par exemple, si, par le contrat, je vous vends un tel héritage pour la somme de mille livres,* que vous payerez à Pierre, *je ne stipule point pour un autre; c'est pour moi et non pour Pierre que je stipule cette somme de mille livres; Pierre n'est dans la convention que comme une personne à qui je donne pouvoir de la recevoir pour moi et en mon nom, c'est ce que les Romains appelaient* Adjectus solutionis gratiâ..... Ce n'est pas en sa personne, mais en la mienne, que réside la créance de cette somme; *lorsqu'il la reçoit, c'est de ma part et en mon nom qu'il la reçoit.....*

» Ainsi, dans ce cas, le créancier des vendeurs délégué par le contrat de vente, n'est pas créancier du prix dû par l'acquéreur; il

---

contre la doctrine uniforme des auteurs cités dans la note précédente, que, « le créancier qui reçoit partie » de ce qui lui est dû, et qui subroge dans ses droits » celui de qui les deniers proviennent, ne peut deman» der d'être payé de ce qui lui reste dû que concurrem» ment avec le créancier subrogé ».

Le parlement de Toulouse jugeait tout autrement; et sa jurisprudence était invariablement conforme à ce qu'a depuis réglé l'art. 1252 du Code civil. *V.* Catellan, liv. 6, chap. 4.

Le parlement de Paris, au moins dans le 17e siècle, jugeait, tantôt d'une manière, tantôt de l'autre *V.* Renusson, *Traité de la Subrogation*, chap 15.

n'a sur la dette de l'acquéreur qu'une espèce de gage, d'affectation. Et par conséquent il n'est pas, il ne peut pas être, à l'égard de l'acquéreur, le créancier dont parle l'art. 1252.

» Aussi a-t-il été jugé par deux arrêts du parlement de Paris, des 4 juin 1604 et 7 septembre 1671, que le principe consacré par cet article, était applicable à un vendeur qui, en aliénant volontairement son bien, en avait délégué le prix à ses créanciers, et que le vendeur pouvait l'opposer à ceux qui avaient prêté leurs deniers pour rembourser avec Subrogation, quelques-uns des délégataires.

» Il est vrai que, depuis, deux autres arrêts de la même cour, du 10 avril 1677 et de 1681, en ont jugé autrement.

» Mais ces deux arrêts, contre lesquels Renusson s'est élevé avec la plus grande force, dans son *Traité de la Subrogation*, chap. 15, n'ont pas changé la jurisprudence établie par les deux précédens; et ce qu'il y a de bien remarquable, c'est que, postérieurement à la publication de l'ouvrage de Renusson, le conseil d'État du roi a rendu un arrêt conforme à ceux-ci. Écoutons Brillon, au mot *Subrogation*, n° 8 : *Vente, à la charge de payer certains créanciers. L'acquéreur paie les plus anciens, avec des deniers qu'il emprunte d'un homme qui est subrogé. Question si ce créancier subrogé est préférable sur l'héritage revendu, aux autres créanciers qui devaient être payés, et qui ne l'ont pas été? Jugé au conseil, au rapport de M. d'Aguesseau* (père du chancelier), *en faveur des créanciers qui n'avaient pas été payés. L'arrêt est du mois d'août* 1693 *ou* 1694. *Me Evrard avait écrit au procès.*

» Il y a plus : le parlement de Paris est revenu lui-même, dans le dernier siècle, à la jurisprudence dont il s'était écarté en 1677 et 1681. Témoin le *Journal des audiences*, dans lequel nous lisons ce qui suit, tome 6, liv. 2, chap. 32 : *La veuve d'Humermont vend la ferme du Rotois* 10,150 *livres à Liévain,* 500 *livres comptant,* LE SURPLUS PAYABLE A SON ACQUIT, *et consent la subrogation pour ceux qui prêteront. Langlet prête; on emploie ses deniers; il a subrogation au lieu des créanciers; mais reste un principal de* 205 *livres de rente non acquitté. Liévain est saisi réellement. Le fils de la veuve d'Humermont demande à rentrer dans la ferme vendue par sa mère, faute de paiement du principal et des arrérages des* 205 *livres. Sentence qui l'ordonne suivant l'estimation; estimation faite à* 8,000 *livres. Langlet attaque d'Humermont, disant que son argent ayant été employé à payer des créanciers, il est subrogé même contre d'Humermont. Langlet obtient sentence, et il y en a appel. D'Humermont lui dit qu'il n'est pas subrogé contre lui, qu'il a prêté de l'argent pour l'acquitter, et non pas pour acquérir une créance sur lui..... Par arrêt du* 6 *juin* 1712, *la cour met l'appellation et ce au néant, émendant, hors de cour.*

» Il n'est donc pas douteux que, dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence, les veuve et héritiers Didot, s'ils avaient vendu par contrat volontaire, à la charge de verser le prix, jusqu'à due concurrence, entre les mains de leurs créanciers, n'eussent été préférés aux prêteurs avec subrogation dont l'acquéreur eût employé l'argent à rembourser quelques-uns des créanciers délégués; et il est encore moins permis de douter que, dans cette hypothèse, ils n'obtinssent aujourd'hui la même préférence, d'après le soin que prend l'art. 1252 du Code civil, d'imprimer le caractère de loi au principe sur lequel l'ancienne jurisprudence avait éprouvé des variations.

» Mais ce n'est point par contrat volontaire, c'est par expropriation forcée, que la papeterie d'Essonne a été vendue; et la vente n'en a pas été faite par la veuve et héritiers Didot; elle l'a été par la justice, à la poursuite de leurs créanciers. Peut-on, dès-lors, appliquer ici la même décision qu'à l'hypothèse que nous venons de discuter?

» Oui, sans doute, et il y en a une raison aussi simple que tranchante : c'est que, dans l'expropriation forcée, le débiteur saisi n'est pas moins vendeur que dans la vente volontaire; c'est que le débiteur saisi est seul propriétaire de la créance du prix de l'expropriation forcée; c'est que les créanciers du débiteur qui le font exproprier, ne deviennent pas pour cela créanciers directs du prix; c'est que les collocations qu'ils obtiennent sur le prix, ne sont pour eux que des indications de paiement.

» Développons ces idées.

» Nous disons d'abord que, dans l'expropriation forcée, c'est le débiteur saisi qui est le véritable vendeur. Et en effet, il ne vend point par lui-même, mais la justice vend pour lui : car elle ne fait que lui prêter son ministère; elle ne fait qu'exécuter le mandat qu'il est censé lui en avoir donné, lorsqu'en contractant des dettes, il s'est obligé à les payer, suivant l'expression de l'art. 2092 du Code civil, *sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présens et à venir.*

» Tel est le point de vue sous lequel les ventes judiciaires et forcées étaient envisagées même dans le droit romain : *voluntate*

debitoris videtur pignus alienari, quia ab initio contractûs pactus est ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Ce sont les termes du §. 1, Inst. *quibus alienare licet.*

» Et c'est de là que part Stockmans, dans son recueil d'arrêts du conseil de Brabant, §. 99, pour établir que, dans les coutumes qui n'ont là-dessus aucune disposition, la vente par décret forcé est sujette au retrait lignager, ni plus ni moins que la vente volontaire: *ubi lex municipalis nihil de hâc re constituit, recepta in judiciis nostris sententia est quæ retractui locum dat, quæ et optimam rationem habet quòd distractio judicis et addictio illa judiciaria ultimo licitatori facta,* PERINDÈ SIT AC SI DEBITOR IPSE ILLI *vendidisset.*

» Pothier, dans son *Traité des Retraits*, n° 76, tient le même langage : *la raison est* (dit-il) *qu'une vente, quoique faite par décret, est une vraie vente par laquelle le débiteur saisi aliène son héritage propre à l'adjudicataire.*

» Nous disons, en second lieu, que ce n'est pas aux créanciers du débiteur saisi, mais au débiteur saisi lui-même, qu'appartient la créance du prix de la vente par expropriation forcée; et cette assertion est une conséquence nécessaire de la précédente. Car le prix de la vente est essentiellement dû au vendeur : or, le véritable vendeur, quel est-il dans l'expropriation forcée? Nous venons de le voir, c'est le débiteur saisi; c'est donc au débiteur saisi que le prix de l'expropriation forcée est dû.

» A la vérité, ce prix est affecté, par une indication de paiement qui forme une des clauses principales de l'adjudication, aux créanciers du débiteur saisi; et de là l'usage de délivrer à ceux-ci des bordereaux de collocation qui sont exécutoires contre l'adjudicataire. Mais cette affectation n'est, pour les créanciers à qui se délivrent ces bordereaux, qu'une espèce de gage, qui se transfère de la chose vendue sur le prix qui la représente; elle ne les investit pas de la propriété de la créance de ce prix; elle en est même exclusive, puisqu'il est impossible que le droit de propriété et le droit de gage concourent, sur la même chose, dans la même personne.

» Il en serait autrement, sans doute, si la collocation d'un créancier, soit dans un ordre soit dans une contribution, pouvait être assimilée à une dation en paiement, si elle emportait la libération du débiteur saisi envers ce créancier, si elle équipollait à une délégation parfaite.

» Mais elle n'a, et il s'en faut beaucoup; ni ce caractère, ni cet effet.

» D'une part, le créancier colloqué dans un ordre ou dans une contribution, est si peu censé payé définitivement, il est si peu réputé propriétaire de la portion de la créance du prix qui lui est affectée, qu'il ne tient qu'à lui de ne pas user de sa collocation et d'exercer ses droits sur les autres biens du débiteur. C'est ainsi que, dans l'espèce actuelle, sur 45,829 francs de créances hypothécaires qui avaient été colloquées dans l'ordre de la papeterie d'Essonne, du 15 thermidor an 10, il y a eu 35,829 francs payés sur d'autres biens que les veuve et héritiers Didot avaient vendus postérieurement à l'adjudication de cette papeterie. C'est d'ailleurs ce qu'a jugé formellement un arrêt de la cour, du 18 mai 1808, en cassant, au rapport de M. Sieyes, un arrêt de la cour d'appel de Paris, qui avait embrassé l'opinion contraire, et en le cassant, *attendu que la cour d'appel, par la fausse interprétation qu'elle* avait *faite de l'art. 15 de la loi du 11 brumaire an 7, en supposant que la collocation était une délégation parfaite et un paiement effectif qui avait éteint tant l'action personnelle contre le débiteur originaire, que les hypothèques du créancier,* avait *violé toutes les lois concernant les hypothèques....*

» D'un autre côté, si le créancier colloqué devenait, par sa collocation, propriétaire de la portion de la créance du prix qui lui est assignée, ce serait sur lui que tomberait, en vertu de la maxime, *res perit domino*, la perte de cette portion de créance qui résulterait de l'insolvabilité de l'adjudicataire. Or, il est très-constant que l'insolvabilité de l'adjudicataire n'empêche pas que le créancier dont elle rend la collocation sans effet, n'ait son recours sur les autres biens du débiteur.

» Il est vrai que deux arrêts du parlement de Paris, des 3 décembre 1594 et 20 juillet 1598, rapportés dans le recueil de Louet, lettre C, §. 50, ont jugé que, si le prix de l'adjudication vient à périr dans le dépôt public où l'adjudicataire en a fait la consignation, la perte en retombe sur le créancier hypothécaire, et non sur le débiteur exproprié; mais inférer de là que le prix de l'adjudication appartient aux créanciers du saisi, soit dès l'instant de l'adjudication même, soit dès l'instant où l'ordre est clos, ce serait la plus absurde de toutes les conséquences.

» Pourquoi la consignation du prix de l'adjudication met-elle ce prix aux risques des créanciers? Parceque, comme le dit d'Héricourt, en citant ces arrêts dans son *Traité de la vente des immeubles par décret*, chap. 11,

n° 8, *le débiteur est libéré par la consignation de même que l'adjudicataire.* En effet, il est de principe que la consignation équivaut à un paiement effectif. Si le créancier au profit duquel sa collocation opère une indication de paiement, touchait réellement des mains de l'adjudicataire, la portion du prix qui lui est assignée, bien certainement cette portion du prix deviendrait, dès ce moment, sa propriété; bien certainement le débiteur serait, dès ce moment, libéré, jusqu'à concurrence de cette portion du prix. Il en doit donc être de même dans le cas où l'adjudicataire, au lieu de payer entre les mains du créancier, paie entre les mains du receveur des consignations; car le receveur des consignations est institué par la loi pour recevoir au nom de tous ceux qui ont qualité pour recevoir par leur propres mains; il l'est par conséquent pour recevoir au nom des créanciers qui ont, sur le prix de l'adjudication, des indications de paiement; le montant des indications de paiement est donc censé payé aux créanciers qui les ont obtenues, par cela seul qu'il est payé au receveur des consignations. Les arrêts de 1594 et 1598 ne peuvent donc s'appliquer qu'au cas où le prix de l'adjudication a été consigné par l'adjudicataire; on ne peut donc pas argumenter de ces arrêts dans notre espèce.

» Mais, vient-on vous dire, si le créancier colloqué et porteur de son bordereau, avait lui-même des créanciers qui voulussent saisir et arrêter le montant de sa collocation, entre les mains de qui devraient-ils pratiquer leur saisie-arrêt? Ils ne pourraient certainement pas la pratiquer entre les mains du débiteur exproprié; ils ne pourraient certainement la pratiquer qu'entre les mains de l'adjudicataire. Donc ce n'est pas l'exproprié qui est débiteur du montant de la collocation. Donc l'adjudicataire en est seul débiteur. Donc le créancier colloqué est le créancier direct de l'adjudicataire.

» Quel raisonnement! La saisie-arrêt ne peut être pratiquée utilement qu'entre les mains de celui qui a ou est censé avoir à sa disposition la somme qu'il s'agit de saisir et arrêter. Or, dans le cas d'une vente par expropriation forcée, qui est-ce qui en a ou est censé en avoir le prix à sa disposition? Ce n'est assurément pas le débiteur exproprié: c'est bien à lui que le prix est dû, mais il ne peut pas le toucher au préjudice de ses créanciers dont ce prix forme le gage. Ce prix ne peut donc être saisi et arrêté qu'entre les mains de l'adjudicataire. Il ne résulte donc point de là que l'adjudicataire ne soit pas le débiteur direct du débiteur exproprié.

» Mais, dit-on encore, les art. 767 et 770 du Code de procédure civile font clairement entendre que les créanciers utilement colloqués doivent toucher, des mains de l'adjudicataire et sur la masse à distribuer, les intérêts que les capitaux de leurs créances ont produits postérieurement à l'adjudication. Donc les créanciers utilement colloqués deviennent, par leur collocation, créanciers directs de l'adjudicataire; et c'est ce qu'a jugé l'arrêt de la cour du 21 novembre 1809.

» L'arrêt de la cour du 21 novembre 1809 n'a jugé qu'une seule chose, savoir, que *les intérêts échus depuis l'adjudication, sont dus à chaque créancier hypothécaire, au même rang que le capital;* et qu'a de commun ce principe avec la question qui nous occupe?

» Pourquoi l'adjudicataire doit-il à la masse hypothécaire les intérêts de chacune des créances colloquées utilement, à compter du jour de l'adjudication? Parcequ'il jouit, à compter du jour de l'adjudication, des fruits de l'immeuble qui lui a été adjugé et que les intérêts du prix de l'adjudication ne sont que la compensation de ces fruits.

» Mais de ce que les intérêts échus depuis l'adjudication, accroissent ainsi au capital du prix de l'adjudication même, s'ensuit-il que la créance du prix de l'adjudication réside dans la personne des créanciers colloqués? Non: il en résulte seulement que les créanciers colloqués exercent, en vertu de leur indication de paiement, les droits de leur débiteur exproprié, et qu'ils peuvent (comme il le pourrait lui-même, si le prix de l'adjudication qui lui est dû, était à sa libre disposition) se faire payer les intérêts du retard qu'ils éprouvent.

» Dès-là, nulle différence, pour notre question, entre le cas d'une vente volontaire avec délégation simple du prix aux créanciers du vendeur, et le cas d'une vente faite par expropriation forcée à la charge de payer le prix aux créanciers du débiteur exproprié. Dans l'un comme dans l'autre, c'est le débiteur qui vend; dans l'un comme dans l'autre, c'est le débiteur qui est créancier du prix; dans l'un comme dans l'autre, par conséquent, c'est à l'acquit du débiteur que ses créanciers sont remboursés par l'acquéreur; et par conséquent encore dans l'un comme dans l'autre, si l'acquéreur ne rembourse que quelques-uns des créanciers et avec Subrogation, les subrogés ne peuvent rien prétendre sur le prix de la vente, au préjudice du débiteur ou de ses créanciers non remboursés.

» Effectivement, Poullain du Parcq, dans ses *principes de droit français*, tome 7, page 249, confond et identifie absolument ces deux cas :

» *Un héritage* (dit-il) *est vendu, soit conventionnellement avec délégation aux créanciers du vendeur, ou sans délégation, soit par décret forcé. L'acquéreur emprunte pour le paiement du prix ; et toutes les formalités nécessaires pour la subrogation, sont observées de la part des différens créanciers qui prêtent. Mais tous ces différens emprunts ne suffisent pas pour payer tout le prix.*

» *Les sommes empruntées sont payées en différens temps, les unes au vendeur, les autres à ses créanciers anciens et nouveaux. Les déclarations d'emploi sont faites exactement dans les quittances. Ainsi, il n'y a pas de doute sur le temps du paiement des deniers de chaque créancier qui a prêté à l'acquéreur, ni sur l'emploi fait à payer tel et tel créancier du vendeur.*

» *L'acquéreur n'étant pas quitte, ses biens et la terre qu'il a acquise, sont saisis et vendus. Il s'agit de faire l'ordre entre les créanciers ; et cela fait naître plusieurs difficultés.*

» 1° *Le vendeur prétend que, sur le prix de la terre qu'il avait vendue, il doit être payé en entier, avant tous ceux qui ont prêté à l'acquéreur, et cela par préférence sur ce prix, avec hypothèque sur les autres biens ; parceque la date de son contrat est antérieure à tous les emprunts faits par cet acquéreur.*

» *Au contraire, les prêteurs prétendent venir en concurrence avec le vendeur, tant sur la terre qu'il avait vendue, que sur les autres biens.*

» *De plus, ceux qui ont payé les créanciers du vendeur, prétendent venir avant lui-même, parceque sa dette a été acquittée ; et même ils veulent faire entr'eux un ordre, suivant l'ancienneté des hypothèques des créanciers du vendeur ; en sorte que ceux qui ont payé les plus anciens, soient colloqués les premiers.*

» *Sur toutes ces contestations, il y a un premier principe évident. Tous ceux qui ont prêté à l'acquéreur, ne l'ont fait que pour payer sa dette, et non pas pour devenir créanciers du vendeur. Ainsi l'ancienneté des hypothèques des créanciers de ce vendeur est absolument inutile dans cette espèce ; la Subrogation n'a pour objet que le crédit du vendeur sur l'acquéreur : elle est étrangère à la nature des dettes du vendeur qui ont été acquittées. L'objet essentiel était de rendre l'acquéreur quitte vers le vendeur ; et il est indifférent de quelle manière il devienne quitte, soit par le paiement fait au vendeur ou à ses créanciers.*

» *Ainsi, ce premier objet ne paraît pas souffrir de difficulté ; et il est clair que la différence d'hypothèques anciennes ou nouvelles des créanciers du vendeur, qui ont été payés, est étrangère à la subrogation.*

» *Cette vérité fournit une autre conséquence. La Subrogation n'a lieu que parceque l'acquéreur est acquitté vers le vendeur. Ainsi, pour tout ce qui concerne cette Subrogation, les différens créanciers, dont les deniers ont servi à payer le vendeur, doivent venir en concurrence entr'eux, de quelque date que soient les emprunts et les paiemens : ils ont tous un titre absolument égal pour la Subrogation ; c'est-à-dire, le paiement fait au vendeur ou à ses créanciers.*

» *Enfin, comme la Subrogation a pour fondement essentiel et unique, l'acquittement de la dette de l'acquéreur vers le vendeur, il résulte que cette Subrogation ne peut jamais nuire au vendeur. Il faut qu'il soit payé en entier, avant que la Subrogation devienne efficace. Ainsi, aucun des subrogés ne peut venir en concurrence avec lui, en vertu de cette Subrogation.*

» On ne peut rien, comme vous le voyez, de plus positif ni de mieux raisonné que cette doctrine ; et il importe peu qu'en tant qu'elle s'applique au cas de la vente par expropriation forcée, elle ait été condamnée par deux arrêts du parlement de Paris, rendus dans la même affaire, le premier, le 8 mai 1674, le second, le 6 septembre suivant sur une tierce-opposition formée au premier. Poullain du Parcq lui-même en fait l'observation ; mais il n'en affirme pas moins que les principes qu'il établit et que nous venons de retracer, sont *assez invariables sur cette matière.*

» Long-temps avant Poullain du Parcq, Renusson avait également dit *qu'il y a même raison pour les ventes forcées et adjudications par décret que dans les ventes volontaires ; car* (avait-il ajouté) *le saisi et ses créanciers, à la requête desquels ses biens ont été vendus, ou, quoique ce soit, le receveur des consignations qui les représente et qui en doit faire la distribution, ne doivent pas être moins ni autrement considérés que le vendeur qui a vendu son bien pour payer ses créanciers, lesquels il a délégués par le contrat de vente ; il est juste que le prix de l'adjudication soit entièrement payé avant que celui qui a prêté ses deniers à l'adjudicataire, puisse poursuivre l'effet de la Subrogation par lui stipulée, comme un acquéreur ne peut avoir*

droit sur la chose acquise, ni pareillement donner droit sur la chose par lui acquise, à celui qui lui prête ses deniers, qu'il n'ait payé entièrement le prix de son adjudication.

» Venant ensuite aux deux arrêts de 1674, Renusson n'avait pas hésité à dire qu'ils ne devaient *pas être suivis*; et qu'ils étaient non-seulement *contraires aux règles et aux principes*, mais *évidemment injustes*; et voici ses principales raisons.

» *Premièrement, il n'est pas juste qu'un adjudicataire qui est tenu et obligé de payer le prix de son adjudication, puisse, postérieurement, par son fait, en empruntant des deniers et consentant la Subrogation au profit de celui qui lui en fait prêt, faire préjudice aux créanciers du saisi, sur lequel l'adjudication aurait été faite; les créanciers du saisi ont leur droit acquis sur le prix de l'adjudication qui leur doit être distribué.*

» *En second lieu, quand l'adjudicataire n'a pas de deniers pour payer le prix de son adjudication, et qu'il emprunte à condition de la Subrogation, celui qui prête ses deniers à l'adjudicataire, n'ignore pas et ne doit pas ignorer le prix de l'adjudication; car il entre en connaissance de cause de l'emploi de ses deniers qu'il prête, il sait bien si les deniers qu'il prête font ou ne font pas l'entier paiement du prix de l'adjudication; il ne doit pas ignorer que l'adjudicataire n'a droit sur la chose qui lui est adjugée, qu'il n'ait entièrement payé le prix de l'adjudication qui doit être distribué aux créanciers du saisi. C'est pourquoi celui qui prête ses deniers à l'adjudicataire, est censé ne les prêter qu'à cette condition; il ne peut poursuivre l'effet de la Subrogation qu'il a stipulée, qu'après que le prix de l'adjudication aura été entièrement payé....*

» *En troisième lieu, le saisi et ses créanciers ne doivent pas être autrement considérés, comme il a été dit, qu'un vendeur qui vend volontairement ses biens, ou pour en recevoir lui-même le prix, ou pour être payé à ses créanciers. Car un décret et une adjudication sont une vente forcée que les créanciers du saisi font faire pour être payés. Or est-il qu'un vendeur qui n'a pas été entièrement payé du prix de la chose par lui vendue, a privilège, comme il a été ci-dessus montré, sur la chos evendue, jusqu'à ce qu'il soit entièrement payé du prix de la chose vendue; et s'il n'a été payé que de partie, il doit être payé du restant préférablement à celui qui a fourni ses deniers à l'acquéreur avec Subrogation pour faire les premiers paiemens; autrement, la Subrogation opérerait que le vendeur ou ses créanciers qui auraient reçu partie du prix de la chose vendue, seraient frustrés du surplus du prix: ce qui serait contraire à l'équité et à la raison.*

» Que peuvent contre une doctrine aussi solidement établie, les deux arrêts de 1674 qui la combattent? Ces arrêts ne sont évidemment que le fruit de l'erreur dans laquelle était alors le parlement de Paris sur les effets de la Subrogation consentie en faveur de ceux qui avaient prêté leur argent pour rembourser une partie des créanciers délégués par un contrat de vente volontaire; et le parlement de Paris ayant lui-même, à l'exemple de ce qu'avait déjà fait le conseil d'état du roi, condamné cette erreur par son arrêt du 6 juin 1712, on ne peut pas raisonnablement douter que, si l'occasion s'en fût présentée, il n'eût également condamné la conséquence qu'il en avait tirée, en 1674, pour le cas d'une vente forcée.

» Au surplus, la disposition de l'art. 1252 du Code civil est trop générale, trop absolue, pour qu'on puisse la restreindre par des exceptions arbitraires; et tant que l'on ne prouvera pas, ce à quoi on ne parviendra jamais, que les créanciers colloqués dans la distribution du prix d'un immeuble vendu judiciairement, sont propriétaires de la créance de ce prix, l'application que l'arrêt attaqué a faite de cette disposition à notre espèce, demeurera à l'abri de toute atteinte.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs ».

Par arrêt du 5 mai 1814, au rapport de M. Lasaudade,

« Sur le premier moyen,

» Attendu que Ragouleau, tiers saisi, ne pouvait pas se constituer juge des débats qui s'étaient élevés entre les parties qui se prétendaient intéressées;

» Conséquemment qu'il a pu et dû les appeler pour s'accorder ou faire juger leurs prétentions;

» Sur le deuxième moyen,

» Attendu que les héritiers Didot n'ont point été parties dans l'instance qui a eu pour objet la demande en folle-enchère;

» Que, dans cette instance, on ne s'est nullement occupé de la question de savoir si les créanciers subrogés devaient primer les héritiers Didot et leurs créanciers; qu'enfin, les demandeurs en cassation n'ont point fait valoir ce moyen en cause d'appel;

» Sur le troisième moyen, attendu que la cour d'appel n'a point jugé sur des subrogations irrégulières et nulles en la forme, et ne s'est occupée que de l'effet que pouvaient pro-

duire au fond ces subrogations, en les supposant régulières; qu'ainsi l'art. 1250 du Code civil n'a point été violé;

» Vu l'art. 1252 du même Code.... ,

» Attendu qu'en jugeant que, par l'effet des paiemens faits par la dame Gamble, adjudicataire, à aucuns des créanciers Didot, lesdits héritiers Didot et leurs créanciers opposans n'avaient été payés qu'en partie, et qu'en ce cas, ils pouvaient exercer leurs droits sur le prix de l'adjudication, par préférence aux créanciers subrogés, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une juste application dudit article;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

VIII. Autre question. Plusieurs particuliers ont prêté leurs deniers à un débiteur, pour s'acquitter envers son créancier qui a reçu sa dette par parties et en différens temps; tous ont stipulé la Subrogation aux droits de celui-ci. Viendront-ils par concurrence sur les biens du débiteur, ou bien y aura-t-il entr'eux quelque préférence?

Il semblerait, au premier coup-d'œil, qu'on dût colloquer, avant tous les autres, celui qui a fourni les deniers du dernier paiement fait au créancier. En effet, le créancier avait certainement le droit d'exclure toutes les personnes dont l'argent avait servi aux paiemens partiaires antérieurs; c'est une vérité qu'on établissait il y a un instant. La Subrogation accordée au dernier des prêteurs, a fait passer dans sa personne tous les priviléges du créancier; elle lui a donc transféré le droit d'exclusion.

Cette conséquence est spécieuse, mais purement sophistique; et dans tous les temps, elle a été rejetée par les arrêts.

Brodeau, sur l'art. 95 de la coutume de Paris, n° 9, et sur Louet, lettre D, §. 63, n° 8, en rapporte un du 2 août 1636, qui est très-formel. Renusson, chap. 16, nous en retrace un semblable du premier mars 1681, rendu au rapport de M. Manoury. Il en a été rendu un autre, la même année, au rapport de M. Petit; et on l'a cité, avec les deux précédens, dans une espèce sur laquelle il en est intervenu un quatrième qui a mis le sceau à cette jurisprudence. En voici les détails tels qu'ils sont rapportés à la suite des OEuvres de Renusson.

Le sieur de Tourville, la dame de Curaut et le sieur de Troie avaient prêté successivement au sieur de Plais de quoi payer le prix d'une terre qu'il avait achetée; et tous trois avaient requis et obtenu la Subrogation aux droits du vendeur. Dans la suite, les biens du sieur de Plais furent mis en direction, et le sieur de Troie, comme dernier subrogé à l'hypothèque spéciale du vendeur, prétendit la préférence sur les deux autres. La cause portée d'abord à la prévôté et ensuite au bailliage d'Orléans, sentences intervinrent en faveur de la concurrence. Appel.

« Ces jugemens (disait la dame de Curaut, intimée) n'ont rien que de très-juste : ils sont fondés sur les arrêts de la cour, et les arrêts de la cour sont fondés sur la justice même. Trois créanciers paient le prix d'une terre; tous trois sont *également subrogés* au vendeur; tous trois sont donc également privilégiés; tous trois ont le même droit, le même gage, la même action.

» Mais, dit-on, le sieur de Troie est le dernier subrogé. Le réglement de la cour de 1690 porte que celui qui paie avec Subrogation, succède à tous les priviléges de la dette. Le privilége de la dette était exclusif, quand le sieur de Troie l'a acquittée; son privilége est donc exclusif, il est donc préférable aux premiers.

» Ce raisonnement n'est qu'une subtilité.... Il est bien vrai que la Subrogation est une transmission de droits anciens ou privilégiés, faite par un débiteur dans la personne d'un nouveau créancier; il est vrai aussi que le sieur de Troie a cette Subrogation; mais la dame de Curaut l'a pareillement; même stipulation que lui, même emploi, même déclaration. S'il a secouru le débiteur dans son besion, la dame de Curaut l'a prévenu dans la nécessité. Les deniers de l'un et de l'autre ont également contribué à sa libération; ils ont payé la même dette. Si le sieur de Troie prétend avoir une Subrogation privilégiée, il doit montrer que le vendeur, lors de son traité, a eu plus de pouvoir, qu'il a été plus favorisé de la loi. Ce que la dame de Curaut a stipulé, est un privilége réel, une espèce d'assignat qui assure sa créance : ce que le sieur de Troie a acquis, est-il différent pour être préféré?

» Il est vrai que, par une fiction favorable, par une grace singulière de la loi, quand le paiement du vendeur n'était pas consommé, cette partie qui restait de sa créance, était préférable à l'autre, parcequ'il ne vendait que pour être payé. Mais dès qu'il a été satisfait, dès que la libération a été consommée, sa préférence s'est anéantie par le paiement, *solutione tollitur omnis obligatio*. Il n'a pas été au pouvoir de l'acheteur, quand il l'aurait voulu, de faire revivre un droit éteint, une exclusion injuste en tout autre qu'en la personne du vendeur; encore moins aurait-il pu transmettre un droit contraire à celui qu'il avait donné; ç'aurait été détruire sa

première Subrogation ; ç'aurait été trahir la promesse qu'il avait faite de transférer le droit du vendeur ; car enfin le vendeur n'avait rien qui le précédât. Son droit était privilégié, éminent, invincible ; la première Subrogation de l'acheteur devait donc être privilégiée, éminente, invincible. Voilà le vrai sens des principes qu'on vient d'avouer, et que le sieur de Troie à lui-même établis. La dame de Curaut avait été subrogée aux droits du vendeur ; donc elle exerçait les droits du vendeur dans toute leur étendue : cela est sans réplique.

» Et, si elle exerçait les droits du vendeur dans toute leur étendue, si l'acheteur lui avait transmis et au sieur de Troie d'égales prérogatives, qui attribuera donc au sieur de Troie le droit d'exclusion qu'il s'est arrogé ? Qui mettra cette grande différence entre deux priviléges semblables ? Sera-ce la différence des temps ? Sera-ce la date des Subrogations ? Et ne sait-on pas que la cause seule fait toute l'excellence des priviléges ? *Non ex tempore, sed ex causâ.* Quand deux actions sont semblables dans leur origine, qu'elles dérivent d'un même principe, qu'elles coulent par le même canal, qu'elles tendent au même but et à la même fin, elles doivent avoir la même force, la même vertu, la même activité, en un mot, elles doivent concourir également.

» Cette vérité n'est pas seulement établie sur l'équité naturelle, elle est fondée sur les textes les plus précis. La loi 7, D. *qui potiores in pignore*, en contient une décision très-formelle.....

» Mais, dit-on, je ne vous fais aucun tort de demander la préférence, le vendeur l'exercerait aujourd'hui, si je ne l'avais pas remboursé.

» Ce raisonnement ne prouve rien, à force de trop prouver. S'il avait lieu, il ne serait besoin, ni de Subrogation, ni de cession, ni de transport. Un homme n'aurait qu'à dire : J'ai payé cette dette, j'en veux exercer les priviléges ; cette proposition serait pourtant fort absurde.

» Mais est-il vrai qu'on ne fasse aucun tort à la dame de Curaut ? On perpétue un droit dont elle avait lieu d'espérer l'extinction ; on proroge une exclusion odieuse et à peine tolérée dans la personne du vendeur.....

» Pour adopter la prétention du sieur de Troie, il faudrait assimiler les effets de la Subrogation à ceux de la cession et transport, et assurément il n'est pas à craindre que l'on confonde jamais à ce point deux choses aussi différentes (1).

» Enfin, tous les préjugés démontrent qu'il y a une parfaite égalité entre une première et une dernière Subrogation : la faveur même de la libération, cette faveur si recommandée par les lois, oblige à cette égalité. Si la dernière Subrogation était préférable à la première, rarement un débiteur pourrait-il commencer son premier paiement ».

Sur ces raisons, arrêt du 17 juillet 1694, qui confirme les sentences, avec amende et dépens.

[[IX. Quelles précautions ont dû prendre, après la loi du 11 brumaire an 7, ceux qui avaient antérieurement acquis la Subrogation aux hypothèques des créanciers qu'ils avaient payés ?

Par acte notarié du 17 ventôse an 6, Brigitte Mun, femme Lavedan, acquiert de Durand Tilho et de Marie Lajus, son épouse, une maison située à Tarbes, département des Hautes-Pyrénées, pour le prix de 8500 livres, payable à différens créanciers hypothécaires des vendeurs, indiqués par le contrat.

Le 14 floréal suivant, elle achète des mêmes tous les meubles qui garnissent cette maison : le prix en est porté à 769 livres ; et Brigitte Mun est également chargée, par le contrat, de payer cette somme à divers créanciers des vendeurs.

En exécution de ces deux actes, Brigitte Mun rembourse une partie des créanciers qu'ils lui indiquent.

Survient la loi du 11 brumaire an 7 ; pour s'y conformer, Brigitte Mun dépose son premier contrat au bureau des hypothèques, et en obtient la transcription.

Mais, pendant qu'on le transcrit, elle apprend qu'il existe, sur la maison qu'elle croyait avoir presqu'entièrement libérée par ses remboursemens, plusieurs inscriptions prises en vertu de créances antérieures à son acquisition, et que ses vendeurs lui ont laissé ignorer.

Après avoir inutilement sommé ceux-ci de faire rayer ces inscriptions, elle en prend une, le 5 messidor an 7, pour 9730 francs de *créances résultant de deux actes passés devant..... notaire de Tarbes, les 10 ventôse et 14 floréal an* 6, y compris 5400 francs *acquittés par droit d'hypothèque à divers créanciers.*

Cela fait, elle poursuit et fait ordonner la revente de la maison ; Lavedan, son mari, s'en rend adjudicataire pour 5925 francs. On procède à l'ordre. Brigitte Mun prétend se faire colloquer la première.

Le 21 germinal an 9, jugement du tribunal

(1) *V.* ci-devant. §. 1.

de première instance de Tarbes, qui colloque avant elle Wander, Ribes, La Peyrière, Setze et Darolles, tous porteurs de titres hypothécaires antérieurs à son contrat du 17 ventôse an 6, et d'inscriptions prises dans le délai fixé par la loi du 11 brumaire an 7.

Brigitte Mun appelle de ce jugement, et soutient 1° qu'elle aurait dû être colloquée par privilége pour 339 francs de réparations urgentes qu'elle avait fait faire à la maison; 2° qu'elle aurait dû l'être en ordre d'hypothèques avant Wander, Ribes, La Peyrière, Setze et Darolles, parceque les créanciers qu'elle a remboursés étaient antérieurs à ceux-ci, et qu'en les remboursant, elle a été de plein droit subrogée à leurs hypothèques.

Le 18 floréal an 11, arrêt de la cour d'appel de Pau, qui confirme le jugement du tribunal de Tarbes, attendu,

« 1° Que la demande de 339 francs pour impenses faites à la maison dont il s'agit, n'ayant point été formée devant les premiers juges, il ne doit point être statué à cet égard en cause d'appel, aux termes de la loi du 3 brumaire an 2;

» 2° Que Wander, Ribes, Setze, La Peyrière et Darolles ayant inscrit leurs titres de créances dans le délai voulu par la loi du 11 brumaire an 7, ils ont conservé leur rang et leurs hypothèques, suivant l'art. 28 de la même loi; que résultant du bordereau des inscriptions que Brigitte Mun n'a inscrit contre Durand Tilho et Marie Lajus, mariés, que son contrat d'acquisition, postérieur en date à ceux desdits Ribes, Setze, Wander, La Peyrière et Darolles, elle ne devait point, sur le fondement de ce titre, être allouée de préférence à ceux-ci;

» Que, quoique dans le bordereau de l'inscription faite par Brigitte Mun, il soit parlé des créances antérieures par elle acquittées à la décharge de Durand Tilho et sa femme, cette inscription n'est pas néanmoins faite sur le fondement de ces créances, puisqu'elle ne contient pas les indications exigées par les art. 17 et 21 de la loi précitée pour l'inscription des créances antérieures à cette loi;

» D'où il résulte que Brigitte Mun n'ayant pas rempli, pour les créanciers qu'elle a payés, la formalité de l'inscription dont ils auraient été tenus eux-mêmes pour conserver l'antériorité de leurs hypothèques, la préférence a été justement accordée à Wander, Ribes, Setze, La Peyrière et Darolles ».

Recours en cassation de la part de Brigitte Mun. Fausse application de l'art. 7 de la loi du 3 brumaire an 2, quant aux 339 francs dont la cour d'appel a refusé, dit-elle, de s'occuper; contravention, pour le surplus, aux lois relatives à la Subrogation; et fausse application des art. 17, 37, 39 et 40 de la loi du 11 brumaire an 7: tels sont ses moyens.

« Sur le premier (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 26 frimaire an 13), deux observations également simples nous paraissent devoir lever toute espèce de difficulté.

» D'abord, la demanderesse ne prouve nullement qu'elle eût conclu en première instance à la collocation des 339 francs dont il s'agit. Elle aurait pu, sans doute, y conclure, et elle y aurait, dans le fait, suffisamment conclu, en produisant au procès-verbal d'ordre, les pièces prétendues justificatives de cette créance. Mais quelle preuve vous rapporte-t-elle de la production qu'elle soutient en avoir faite?

» Elle vous rapporte un inventaire dans lequel les pièces prétendues justificatives de cette créance sont énoncées; mais cet inventaire n'est signé que de son avoué: il n'a, par conséquent, aucun caractère d'authenticité; et il ne peut pas faire foi contre des tiers, que les pièces dont il contient l'énumération, aient été déposées au greffe du tribunal de première instance de Tarbes.

» La demanderesse vous rapporte encore un acte de dépôt, duquel il résulte que son avoué a remis au greffe les pièces comprises dans un inventaire qui y est rappelé. Mais l'inventaire rappelé dans cet acte de dépôt, est-il le même que l'inventaire représenté aujourd'hui par la demanderesse? Rien ne le constate; et quoique la chose soit assez vraisemblable, il suffit qu'elle ne soit pas justifiée authentiquement, pour que nous devions nous en tenir à l'assertion consignée dans l'arrêt de la cour d'appel, que la demanderesse n'avait pas conclu en première instance à la collocation des 339 francs: nous le devons d'autant plus, que la cour d'appel n'a jugé que sur un rapport fait par l'un de ses membres qu'elle a par conséquent eu sous les yeux toutes les pièces que la demanderesse avait produites devant les premiers juges; qu'ainsi, elle a été parfaitement à même de reconnaître si, parmi ces pièces, il y en avait qui fussent relatives à la modique somme dont il s'agit.

» Ensuite, remarquons bien qu'encore que, relativement à cette somme modique, l'arrêt de la cour d'appel soit motivé sur le défaut de conclusions prises en première instance, il ne prononce cependant pas sur ce point par

fin de non-recevoir; et que, sur ce point comme sur les autres, il se borne, dans son dispositif, à déclarer *qu'il a été bien jugé* par le tribunal de Tarbes. Si donc, quoique mal à propos motivé, en cette partie, sur le défaut de conclusions prises en première instance, l'arrêt a dû, comme il l'a fait, rejeter la demande de Brigitte Mun en collocation privilégiée de ses 339 francs, nul doute qu'à cet égard, l'arrêt ne doive être maintenu. Or, comment Brigitte Mun aurait-elle pu obtenir la collocation privilégiée des 339 francs qu'elle prétendait avoir employés en réparations urgentes? De son aveu, elle n'avait pas compris cette somme dans l'inscription qu'elle avait prise avant le procès-verbal d'ordre; et, certainement, il n'en fallait pas davantage pour qu'elle n'eût aucun privilége à réclamer pour cette somme.

» Inutile de dire que les réparations urgentes dont cette somme formait le prix, avaient été faites avant la loi du 11 brumaire an 7. Supposons-le, quoiqu'il n'en existe au procès aucune ombre de preuve: qu'en résultera-t-il? Une seule chose: c'est que Brigitte Mun a pu acquérir un privilége pour cet objet, quoiqu'elle n'eût pas fait précéder et suivre les réparations de procès-verbaux constatant leur nécessité et leur valeur actuelle, et quoiqu'elle n'eût pas fait inscrire ces procès-verbaux, conformément à l'art. 13 de la loi citée. Mais il n'en résultera pas que Brigitte Mun a pu, après la publication de la loi du 11 brumaire an 7, conserver ce privilége sans inscription; et le contraire est positivement établi par les art. 37 et 39 de cette loi-même: *Les droits d'hypothèque ou* privilége *existans lors de la publication de la présente, qui n'auraient pas encore été inscrits en exécution et dans les formes de la loi du 9 messidor an 3, le seront, pour tout délai, dans les trois mois qui suivront ladite publication..... Les hypothèques qui n'auraient pas été inscrites avant l'expiration des trois mois, n'auront effet qu'à compter du jour de l'inscription qui en serait requise postérieurement. Dans le même cas,* LES PRIVILÉGES *dégénéreront en simple hypothèque, et n'auront rang que du jour de leur inscription.* Ainsi, que la demanderesse ait eu un privilége pour ses 339 francs, au moment où a paru la loi du 11 brumaire an 7, à la bonne heure: mais ce privilége, elle l'a perdu, parcequ'elle ne l'a fait inscrire, ni dans les trois mois suivans, ni dans les délais accordés depuis par les lois des 16 pluviôse et 17 germinal an 7; et dès-là, nul grief à opposer de sa part à l'arrêt qui l'a jugée non privilégiée; dès-là, par conséquent, nécessité de rejeter son premier moyen de cassation.

» Son second moyen est-il mieux fondé? Cette question en renferme deux: la première, si la demanderesse, en payant les créanciers hypothécaires qui lui étaient indiqués par son contrat de vente, avait acquis de plein droit la Subrogation à leurs hypothèques; la seconde, si elle avait fait, pour conserver l'avantage de cette Subrogation, tout ce que lui prescrivait la loi du 11 brumaire an 7.

» La première question n'est pas, à beaucoup près, sans difficulté (1).....

» Nous ne devons, nous ne pouvons donc pas douter que la demanderesse, en remboursant les créanciers hypothécaires qui lui avaient été indiqués par son contrat d'acquisition, n'ait été subrogée de plein droit à leurs hypothèques, et, par suite, qu'elle n'ait dû être colloquée au rang de chacun d'eux, si elle a fait, pour la conservation de leurs hypothèques, ce que lui prescrivait la loi du 11 brumaire an 7.

» Mais ce que lui prescrivait la loi du 11 brumaire an 7, l'a-t-elle fait réellement?

» Nous l'avons déjà dit, les art. 37 et 39 de la loi du 11 brumaire an 7 voulaient que, pour conserver les hypothèques antérieures à sa publication, les créanciers à qui elles appartenaient les fissent incrire dans un délai fixé d'abord à trois mois, et prorogé ensuite jusqu'en messidor de la même année. Or, cette condition a-t-elle été remplie par la demanderesse? Non, messieurs, elle ne l'a pas été, et c'est une vérité facile à saisir.

» La demanderesse a bien pris, le 5 messidor an 7, une inscription hypothécaire contre ses vendeurs; mais sur quels titres l'a-t-elle prise? Est-ce sur les titres des créanciers auxquels elle se trouvait subrogée? Nullement; elle ne l'a prise que sur son propre contrat; elle n'a donc conservé, par cette inscription, que l'hypothèque qui, d'après son propre contrat, lui était acquise sur les biens de Durand Tilho et de sa femme; elle n'a donc pas conservé les hypothèques qu'avaient, avant elle, sur les mêmes biens, les créanciers aux droits desquels elle s'était subrogée en les remboursant. Car, pour conserver leurs hypothèques, il eût fallu qu'elle fit, comme subrogée à leurs droits, ce qu'ils eussent été tenus de faire eux-mêmes, s'ils n'avaient pas été remboursés par elle; il eût fallu, par conséquent qu'elle fît inscrire leurs titres

(1) *V.* ci-devant, §. 4, n° 2.

hypothécaires. Et encore une fois, en ne faisant inscrire que son propre titre, elle n'a conservé, elle n'a pu conserver que sa propre hypothèque.

» Mais, dit-on, elle a rappelé, dans son inscription, les créances dont elle avait acquis les hypothèques par le remboursement qu'elle en avait fait.

» Deux réponses.

» 1° Elle n'a pas rappelé ces créances dans son inscription, comme revivant dans sa personne avec leurs hypothèques, au moyen de sa Subrogation aux droits des créanciers remboursés; elle ne les y a rappelées que comme acquittées par elle à la décharge de ses vendeurs; elle ne les y a rappelées que comme lui étant dues par ses vendeurs, en vertu de son contrat d'acquisition du 17 ventôse an 6; elle ne les y a conséquemment rappelées que pour exprimer qu'en vertu de son contrat du 17 ventôse an 6, et à dater de ce contrat seulement, elle avait, pour raison de ces créances, une hypothèque sur les biens de Tilho et de son épouse.

» 2° Quand la demanderesse, en rappelant ces créances dans son inscription, aurait expressément déclaré qu'elle entendait les faire valoir comme subrogée aux hypothèques de ceux à qui elles avaient appartenu, son inscription n'aurait pas pour cela l'effet qu'elle prétend aujourd'hui en faire résulter; et la raison en est aussi simple que tranchante : c'est que la demanderesse n'y a rappelé, ni les titres par lesquels ces créances étaient devenues hypothécaires, ni les noms des créanciers en faveur desquels ces titres avaient été passés. Rien de plus formel à cet égard que la disposition de l'art. 40 de la loi du 11 brumaire an 7 : *pour requérir* (y est-il dit) *l'inscription des droits antérieurs à la présente, le créancier ou le tiers agissant en son nom ne sera point obligé de représenter l'expédition du titre de la créance. L'inscription sera faite sur la simple représentation de deux bordereaux contenant les indications prescrites par les art.* 17 et 21, c'est-à-dire, contenant, entr'autres choses, *les noms, prénom, profession et domicile du créancier, et la date du titre, ou, à défaut de titre, l'époque à laquelle l'hypothèque a pris naissance.*

» Et c'est bien vainement que la demanderesse vient vous dire que ces articles ne prononcent pas la nullité des inscriptions faites sur des bordereaux dans lesquels ces indications sont omises. Vous savez que la peine de nullité est toujours sous-entendue dans les lois qui réglent, non les formes accidentelles, mais les formes substantielles des actes; et certainement, ce n'est pas de formes accidentelles, c'est de formes substantielles, c'est de formes essentiellement constitutives des inscriptions hypothécaires, qu'il est ici question. Car point d'inscription possible sans bordereaux, et point de bordereaux sans les indications prescrites par les art. 17 et 21 de la loi. Omettez ces indications, vous n'aurez point de borderaux, puisque les bordereaux se composent de ces indications, comme les dixaines se composent d'unités; et omettez les bordereaux, il ne pourra être rien inscrit, puisqu'on ne peut inscrire que les bordereaux mêmes (1).

» Vainement encore la demanderesse se retranche-t-elle à dire que la nullité de son inscription, quant aux hypothèques des créanciers à qui elle était subrogée, n'était pas absolue; mais purement relative aux créanciers qui lui disputaient la priorité dans le procès-verbal d'ordre; qu'elle ne pouvait donc pas être suppléée par les juges pour l'intérêt de ces créanciers; et que c'est cependant ce que les juges ont fait.

» Il est vrai qu'on ne voit, ni dans le jugement du tribunal de première instance, ni dans l'arrêt de la cour d'appel, que les créanciers préférés par l'un et l'autre à la demanderesse, eussent conclu expressément à la nullité de son inscription. Mais n'y concluaient-ils pas implicitement, par cela seul qu'il soutenaient devoir être colloqués avant elle? Et en supposant qu'ils n'eussent pas fondé leur prétention sur la nullité de l'inscription dont elle se prévalait, en fallait-il davantage pour que les juges fussent, non-seulement autorisés, mais tenus de regarder cette inscription comme nulle? N'est-ce pas un des premiers devoirs des juges, d'appliquer même les lois que l'on n'invoque pas devant eux aux demandes qui leur sont soumises et aux titres produits à l'appui de ces demandes? *Ut quæ desunt advocatis partium judex suppleat :* c'est ce que porte en toutes lettres le tit. 11 du liv. 2 du Code de Justinien.

» Mais, objecte encore la demanderesse, parmi les créanciers que m'a préférés l'arrêt dont je me plains, il en est deux, Naude et La Peyrière, à qui j'avais moi-même remboursé des créances antérieures à celles dont ils ont obtenu la collocation avant moi; bien sûrement ces deux créanciers ne pouvaient pas ignorer ma Subrogation à leurs droits. Ils étaient donc non recevables à opposer à mon inscription hypothécaire, le défaut d'énonciation de la date de leurs propres titres.

(1) *V.* l'article *Bordereau-hypothèque.*

» Et pourquoi donc n'y auraient-ils pas été recevables? Tout homme qui, dans une distribution de biens, fait ses diligences et prend ses sûretés à temps, en perd-il l'avantage par la connaissance qu'il a du droit qu'aurait un autre de le primer, s'il faisait lui-même des diligences qu'il ne fait pas, s'il prenait lui-même des sûretés qu'il ne prend pas? Non, certes, et c'est surtout aux distributions de biens que s'applique, dans sa plus grande latitude, la maxime *jura vigilantibus subveniunt*.

» Pour dernière ressource, la demanderesse prétend avoir réparé par son inventaire les défectuosités de son inscription : elle prétend que le silence de son inscription sur les noms des créanciers qu'elle avait remboursés et sur la date de leurs titres, a été suffisamment suppléé par les détails que contient là-dessus son inventaire. Mais y a-t-elle bien réfléchi? Ce n'est pas par les inventaires que les parties produisent au greffe dans une instance d'ordre, c'est par les inscriptions qu'elles ont respectivement prises au bureau des hypothèques, que doit être réglé le rang de chacune. Pour déterminer le rang de chacune, on peut sans doute consulter son inventaire, mais on ne peut le consulter que comme renseignemens; les inscriptions qu'il rappelle, sont les seuls titres qui doivent décider; si donc les inscriptions qu'il rappelle sont nulles, la mention qu'il en contient, quelque détaillée qu'elle soit, ne pourra ni en réparer ni en couvrir la nullité.

» Ici, d'ailleurs, à quelle époque la demanderesse a-t-elle produit son inventaire au greffe? Vous ne l'avez pas oublié : elle ne l'a produit que le 29 frimaire an 9, plus de dix-huit mois après l'expiration du délai fatal que la loi du 17 germinal an 7 avait accordé pour l'inscription des anciennes hypothèques. Comment donc la demanderesse pourrait-elle avoir fait alors par un simple inventaire, ce qu'elle ne pouvait plus faire par une inscription? Comment des hypothèques qu'une inscription prise à cette époque, n'aurait pas pu faire revivre, auraient elles pu être ressuscitées par un simple inventaire? C'est pour la première fois sans doute que vos oreilles sont frappées d'assertions aussi bizarres, et ce serait abuser de vos momens, que de nous y arrêter davantage.

» Nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête de la demanderesse ».

Par arrêt du 26 frimaire an 13, au rapport de M. Sieyes,

« Attendu, sur le premier moyen, que le procès-verbal de dépôt au greffe et l'inventaire joints à la requête ci-dessus, ne peuvent détruire l'assertion contenue dans le jugement attaqué; que l'inventaire n'étant signé que de l'avoué de la réclamante, ne porte aucun caractère d'authenticité; qu'il ne s'ensuit pas de ce que le procès-verbal de dépôt des titres parle d'un inventaire remis, que ce soit celui-là précisément dont il vient d'être parlé; qu'au reste, les juges ont déclaré seulement dans le dispositif du jugement, qu'il n'y avait pas lieu, quant à présent, à prononcer sur lesdites impenses et réparations;

» Attendu, sur le second moyen, que l'acte de vente du 17 ventôse an 6 ne faisant mention que du montant des sommes à payer par la réclamante à l'acquit des vendeurs, sans indiquer la nature, l'origine, le titre ni la date desdites créances, les inscriptions prises d'office lors de la transcription dudit acte et d'après son contenu, n'ont point présenté les indications mentionnées à l'art. 17 de la loi de brumaire, auquel se référait l'art. 40; que ces inscriptions prises n'ont donc pu conférer d'autre hypothèque que celle énoncée des sommes payées à la décharge des vendeurs, en vertu dudit acte de vente; qu'il n'y a donc point eu de fausse application de l'art. 17, ni de contravention à l'art. 40;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

X. Quelles précautions doit prendre, pour conserver son privilége, celui qui ayant prêté à l'acquéreur d'un immeuble les sommes nécessaires pour en payer le prix, a été, par un acte subséquent, subrogé au privilége du vendeur, suivant la promesse que l'emprunteur lui en avait faite? Faut-il que, dans l'inscription qu'il est tenu de prendre pour conserver son privilége, il énonce la date de la Subrogation; ou lui suffit-il d'y énoncer la date de l'acte de prêt?

Le 13 février 1777, acte notarié par lequel le sieur Grimod-d'Orsay emprunte de la dame Testu de Balaincourt une somme de 30,000 livres, pour laquelle il lui constitue une rente de 1500 livres, et s'oblige 1° d'en employer les deux tiers au paiement du prix de la terre de Courtabœuf, qu'il vient d'acquérir; 2° de faire subroger la dame Testu de Balaincourt au privilége de son vendeur.

Le 13 mars suivant, autre acte notarié par lequel le sieur Grimod-d'Orsay paie à son vendeur une somme de 20,000 livres, qu'il déclare provenir de l'emprunt qu'il a fait, le 13 février précédent, de la dame Testu de Balaincourt; au moyen de quoi, le vendeur subroge la dame Testu de Balaincourt à son privilége.

Le 21 mai de la même année, troisième acte notarié, par lequel le sieur Grimod-d'Orsay reconnaît avoir reçu de la dame Testu de Balaincourt une somme de 50,000 livres, et lui constitue, pour prix de cette somme, une rente de 2500 livres, avec hypothèque générale sur ses biens présens et à venir.

Le 6 brumaire an 9, la dame Testu de Balaincourt prend, sur tous les biens de son débiteur, une inscription qui n'énonce que la date des actes des 13 février et 21 mai 1777, sans faire mention de celle de l'acte du 13 mars de la même année, sans même rappeler le privilége que la dame Testu de Balaincourt peut exercer sur la terre de Courtabœuf, en vertu de la Subrogation accordée par ce dernier acte.

La terre de Courtabœuf est vendue quelque temps après, par le curateur à la succession vacante du sieur Grimod-d'Orsay; et la dame Testu de Balaincourt se présente à l'ordre, comme exerçant, par Subrogation, le privilége du vendeur du défunt. Mais, le sieur Grimod-d'Orsay, fils, créancier hypothécaire de son père, en vertu de titres antérieurs à l'acte du 13 février 1777, soutient qu'il doit être colloqué avant elle. Il reconnaît qu'elle a été valablement subrogée, par l'acte du 13 mars 1777, au privilége du vendeur; mais, lui dit-il, ce privilége n'est pas énoncé dans votre inscription à la date du titre qui l'a établi, n'y est pas même rappelée; vous ne pouvez donc pas vous présenter comme subrogée à ce privilége; vous ne pouvez donc être colloquée qu'à la date hypothécaire de votre acte de prêt.

Le 20 juin 1811, jugement qui prononce en faveur du sieur Grimod-d'Orsay, fils.

Le 20 août suivant, arrêt de la cour d'appel de Paris, qui réforme ce jugement, « attendu que, dans la créance dont la veuve » de Balaincourt demande la collocation, il » y a 20,000 livres dues par privilége légalement établi, et qu'on ne peut pas contester ».

Le sieur Grimod-d'Orsay, fils, se pourvoit en cassation, et soutient que cet arrêt viole les art. 17, 38 et 40 de la loi du 11 brumaire an 7.

La dame Testu de Balaincourt lui oppose les arrêts rapportés au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n° 1, qui ont jugé que le cessionnaire d'une créance en conserve l'hypothèque par une inscription dans laquelle il n'en rappelle que le titre, sans aucune mention du transport qui en a été fait à son profit.

Le sieur Grimod-d'Orsay répond que, dans les espèces jugées par ces arrêts, le titre constitutif de la créance était en même temps constitutif de l'hypothèque; qu'ainsi, en énonçant, dans l'inscription la date de ce titre, le cessionnaire avait entièrement rempli le vœu de la loi; mais que, dans l'espèce actuelle, le titre qui constate la créance, ne constate pas l'existence du privilége.

Par arrêt du 16 mars 1813, au rapport de M. Chabot,

« Vu les art. 17, 38, 39 et 40 de la loi du 11 brumaire an 7;

» Attendu que, suivant les art. 17 et 40, pour conserver, sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, un privilége acquis sur un immeuble avant la publication de cette loi, il fallait énoncer, dans l'inscription prise au bureau des hypothèques, la date du titre qui avait constitué le privilége, comme il fallait, pour conserver une hypothèque, énoncer dans l'inscription la date du titre qui avait conféré hypothèque; ce qui est encore confirmé par l'art. 39 de la loi, puisqu'il est dit dans cet article, que les privilèges qui n'auront pas été inscrits dans les délais fixés par l'art. 37, dégénéreront en simples hypothèques, et n'auront rang que du jour de leur inscription;

» Que la défenderesse a bien énoncé, dans son inscription, les dates des actes des 13 février et 21 mars 1777, qui lui conféraient une hypothèque générale sur les biens de Grimod-d'Orsay, père; mais qu'elle n'y a pas énoncé la date de l'acte du 13 mars 1777, qui lui conférait un privilége spécial sur le domaine de Courtabœuf; qu'ainsi, elle n'a conservé, par son inscription, qu'une simple hypothèque, et non pas un privilége;

» Qu'à la vérité, l'acte du 13 février 1777 contenait une obligation, de la part de Grimod-d'Orsay, père, d'employer la somme de 20,000 livres, à acquitter une partie du prix de la vente qui lui avait été consentie du domaine de Courtabœuf, et de faire, lors de la quittance d'emploi, subroger la défenderesse au privilége du vendeur de ce domaine; mais que cette obligation, de la part de Grimod-d'Orsay, père, ne constituait pas, dès à présent, au profit de la défenderesse, un privilége sur le domaine de Courtabœuf, et que le privilége n'a été réellement établi et constitué que par l'acte du 13 mars 1777, puisque ce n'est que par cet acte que les 20,000 livres ont été employées à acquitter le prix de la vente du domaine de Courtabœuf, et que le vendeur de ce domaine a subrogé la défenderesse à son privilége;

» Qu'il était possible que l'obligation contractée par Grimod-d'Orsay, père, n'eût pas été remplie, que l'emploi promis n'eût pas été réalisé, que la défenderesse n'eût pas été réellement subrogée au vendeur du domaine; et qu'ainsi, la seule énonciation de l'acte du 13 février 1777 ne suffisait pas pour avertir les tiers que la défenderesse avait réellement un privilége sur le domaine, avec d'autant plus de raison, que la défenderesse n'avait d'ailleurs aucunement mentionné dans son inscription la qualité privilégiée de sa créance;

» D'où il suit que l'arrêt dénoncé, en accordant à la défenderesse un privilége pour la somme de 20,000 livres, a formellement violé les art. 17, 38, 39 et 40 de la loi du 11 brumaire an 9;

» La cour casse et annulle... ».

XI. Le prêteur qui n'a pas stipulé d'intérêts, peut-il en demander, lorsqu'il est subrogé à un créancier qui avait, par son titre, le droit d'en exiger?

S'il le peut, quel doit être le taux de ces intérêts, lorsqu'il y a, à cet égard, de la différence entre la loi du temps du prêt, et le taux stipulé dans le titre du créancier remboursé?

« Alhegui, père, d'Arraute, s'oblige de payer la somme de 377 livres au sieur Lissalde, chirurgien, et à son beau-père, avec clause qu'il en paiera l'intérêt au denier 18, non-seulement à ces deux particuliers, mais encore à celui qui aurait leurs droits.

» Le 28 août 1720, Marie Desaroley, qui était à la place du débiteur, emprunta du sieur Lissalde, prêtre, son oncle, une pareille somme pour acquitter le capital. L'emploi fut fait sans que le sieur Lissalde stipulât des intérêts; mais il fut subrogé aux droits, lieu, place, privilége et hypothèque des créanciers.

» Sur quoi, contestation entre le tuteur de l'héritière du sieur Lissalde, et Saubat Alhegui, héritier du débiteur.

» Le tuteur soutint, 1° que, quoique les intérêts n'eussent pas été stipulés par le sieur Lissalde, lors du prêt, il suffisait néanmoins, pour les exiger, qu'il eût été subrogé aux droits des créanciers congédiés;

» Que, quoique les intérêts n'eussent pu être stipulés qu'au denier 50, le 28 août 1720, cependant le tuteur était fondé à les prétendre au denier 18, en vertu de la Subrogation.

» Là-dessus, il y eut partage; et par arrêt du 20 décembre 1679, le parlement de Pau jugea que les intérêts étaient dus depuis le 28 août 1720 sur le pied du denier 18.

» Cet arrêt fut attaqué par requête civile, mais elle fut rejetée par un autre arrêt du 7 mars 1754 ». (*Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau*).

XII. Le prêteur qui n'a pas stipulé d'intérêts, peut-il en demander en vertu de la simple Subrogation que le débiteur lui a faite avec promesse d'un emploi qui n'a pas été réalisé?

« En 1722, la demoiselle Perrot, de Pau, prête au nommé Tibaut, de la même ville, une somme de 400 livres.

» L'acte porte que Tibaut doit employer l'argent à payer la dot à une veuve de son oncle duquel il est héritier, aux droits de laquelle il subroge ladite demoiselle, qui accorde un terme de trois ans pendant lesquels elle ne pourra point exiger d'intérêts.

» Au commencement de l'année 1734, la créancière réclama son capital et les intérêts du jour où la Subrogation lui a été faite par le débiteur. On convient, dit-elle, que, si elle avait été subrogée par la créancière, les intérêts ne pourraient pas lui être disputés, quoiqu'ils n'eussent pas été stipulés par la nouvelle obligation; la Subrogation accordée par le débiteur, doit produire le même effet. On dit qu'il ne paraît point que la somme ait été employée au paiement de la veuve. Il est vrai qu'on n'a point communiqué sa quittance; mais quand l'emploi n'aurait pas été fait, Tibaut serait condamné à payer les intérêts au denier 20 stipulés par le premier créancier, depuis l'échéance des trois années, par voie de dommages et intérêts; il a consenti la Subrogation, et promis de faire l'emploi.

» Tibaut, fils de celui qui avait consenti la Subrogation, étant pupille, M. de Faget, avocat-général, conclut dans la cause, dit, 1° qu'en thèse, la Subrogation accordée par le débiteur ou par le créancier, produit intérêts en faveur du subrogé, quoiqu'il ne l'ait pas nommément stipulé, si la dette en portait au profit de l'ancien créancier; 2° Au cas présent, il semble qu'on se soit éloigné de la règle générale, en disant que la somme serait sans intérêts durant trois ans, et manquant de stipuler, pour le temps postérieur au terme : l'intérêt est odieux; dans le doute, il faut incliner pour la libération.

» Sur ces conclusions, arrêt du parlement de Pau, du 12 juin 1735, qui ordonne que les intérêts ne seront payés que du jour de la demande ». (*Ibid.*).

XIII. Celui qui, ayant prêté les deniers nécessaires pour l'exercice d'un réméré avec

Subrogation aux droits de l'acquéreur, a joui du fonds ainsi racheté, est-il tenu d'imputer sur le capital de son prêt, les fruits qu'il a perçus pendant sa jouissance?

« Le sieur Echart prête, en 1720, environ cent pistoles pour racheter un bien des mains du possesseur qui l'avait acheté sous faculté de rachat, lequel fut fait en billets de banque.

» Dans l'acte de revente consenti par Pochelu, acquéreur, il était dit que la somme avait été fournie par le sieur Echart, et il avait été subrogé au droit de Pochelu en sa qualité de possesseur.

» Echart jouit en conséquence; dans la suite, il assigna ce fonds à son fils pour titre clérical. Il y avait d'ailleurs une approbation de Baguerre, gendre du propriétaire et coseigneur adventif.

» Nonobstant tout cela, le beau-père et sa fille demandèrent l'imputation des jouissances contre Echart, prétendant qu'il n'était subrogé qu'à l'hypothèque. Echart soutint qu'il l'était au droit du possesseur, et conséquemment à la jouissance; que cela était confirmé par l'exécution et tenait lieu d'un titre contenant transport en sa faveur.

» Et le parlement de Pau le jugea ainsi, après une ample instruction.

» Cet arrêt fut rétracté par requête civile; mais un troisième arrêt, rendu en 1754, jugea comme le premier ». (*Ibid.*)

XIV. On trouvera sous le mot *Stellionat*, n° 2, un autre arrêt de la même cour, qui se rapporte également à la Subrogation.]]

* SUBROGÉ-TUTEUR. C'est celui qui est nommé pour veiller à la conservation des droits des mineurs, quand ils en ont d'opposés à ceux de leurs tuteurs.

Les subrogés-tuteurs, qu'on appelle en beaucoup d'endroits *curateurs*, sont particulièrement chargés de veiller à l'intérêt des mineurs dans les inventaires des biens communs entre eux et leurs tuteurs.

Un Subrogé-tuteur doit être nommé de la même manière que le tuteur, c'est-à-dire, en conséquence d'un avis de parens.

Il doit pareillement prêter serment, à peine de nullité de l'inventaire qui serait fait avec lui.

C'est ce que le parlement de Paris a jugé par un arrêt du 12 décembre 1686. [La demoiselle Le François demandait que la communauté qui avait existé entre sa mère, décédée, et son père, encore vivant, fût déclarée avoir continué en sa faveur, parce qu'on n'avait procédé à l'inventaire fait pour la dissoudre, qu'en présence du sieur Roze, Subrogé-tuteur, qui n'avait ni accepté cette qualité, ni prêté serment. L'arrêt, qui est rapporté dans le second plaidoyer d'Érard, a accueilli cette demande.]

La même chose a été jugée par un autre du 10 juin 1698. Dans cette espèce, un père, pour dissoudre la communauté qu'il y avait entre lui et ses enfans, comme héritiers de leur mère, avait fait faire inventaire en présence d'un Subrogé-tuteur qui n'avait pas prêté serment. Les enfans vinrent ensuite, sur le fondement de ce défaut de serment, demander la nullité de l'inventaire et la continuation de la communauté; ce qu'ils obtinrent. (M. Guyot.) *

[Ils se prévalaient, comme on l'imagine bien, de l'arrêt du 12 décembre 1686; et M. d'Aguesseau, avocat-général, qui portait la parole dans la cause, a remarqué qu'en effet cet arrêt avait jugé la question d'une manière très-précise. Du reste, il a fait voir qu'elle ne pouvait pas l'être autrement.

« Le serment (a-t-il dit) est l'ame du Subrogé-tuteur. Sans cela, il n'est pas connu de la justice : comment lui confierait-elle les intérêts des mineurs? D'ailleurs, la tutelle est une charge publique qui exige un serment pour être admis à la remplir. Ne recourons point à l'ancienne jurisprudence romaine; elle est corrigée par la novelle que nous suivons. La loi 7, §. dernier, C. *de curatore furiosi vel prodigi*, et la loi 28, §. 4, C. *de administratione tutorum vel curatorum*, ne distinguent point entre le tuteur et le Subrogé-tuteur. Nulle différence en effet entre eux, si ce n'est que la fonction de l'un dure long-temps et regarde la personne, au lieu que la fonction de l'autre n'a lieu que par intervalle et pour les biens; mais à cela près, il doit la même fidélité.

» Au contraire, souvent les ministère de l'un est le plus important; il jette les fondemens de la tutelle par l'inventaire; il est le tuteur du tuteur, *custodit ipsos custodes*. D'ailleurs, cette différence est rejetée précisément par la novelle 72, chap. 2, qui exige le serment du tuteur qu'on nomme pour défendre le pupille contre son tuteur même. Telle est donc la disposition de la loi. Le contradicteur est le Subrogé-tuteur; et pour être Subrogé-tuteur, il faut avoir prêté serment : sans cela, c'est un simple particulier sans caractère, sans qualité.

» On objecte que ce serment se réduit à une cérémonie inutile. Peut-on prendre d'autres précautions? Si la malice des hommes l'emporte sur la prévoyance de la loi, faut-il pour cela que la loi abandonne toutes sortes

de moyens de faire le bien, parceque souvent les hommes les corrompent? Ce raisonnement prouverait trop; si on l'adoptait, il n'y aurait plus de serment pour les experts, pour les témoins, pour ceux que le juge commet à la fonction de greffier, pour tous ceux qui sont reçus dans des offices ».]

[[Aujourd'hui les Subrogés-tuteurs ne prêtent pas de serment. *V.* l'article *Serment*, §. 1, art. 2, n° 1.

Voici, au surplus, les dispositions que renferme, sur cette matière, le Code civil, liv. 1, tit. 10, chap. 1, sect. 5.

« Art. 420. Dans toute tutelle, il y aura un Subrogé-tuteur nommé par le conseil de famille. Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.

» 421. Lorsque les fonctions du tuteur seront dévolues à une personne de l'une des qualités exprimées aux sect. 1, 2 et 3 du présent chapitre (1), ce tuteur devra, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer, pour la nomination du Subrogé-tuteur, un conseil de famille composé comme il est dit en la sect. 4.

» S'il s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille, convoqué, soit sur la réquisition des parens, créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur.

» 422. Dans les autres tutelles, la nomination du Subrogé-tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur.

» 423. En aucun cas, le tuteur ne votera pour la nomination du Subrogé-tuteur, lequel sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point.

» 424. Le Subrogé-tuteur ne remplacera pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle deviendra vacante, ou qu'elle sera abandonnée par absence; mais il devra, en ce cas, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

» 425. Les fonctions de Subrogé-tuteur cesseront à la même époque que la tutelle.

» 426. Les dispositions contenues dans les sect. 6 et 7 du présent chapitre (relatives aux dispenses, à l'incapacité, aux exclusions et aux destitutions de la tutelle), s'appliqueront aux Subrogés-tuteurs.

» Néanmoins le tuteur ne pourra provoquer la destitution du Subrogé-tuteur, ni voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet.

V. les articles *Conseil de famille, Continuation de Communauté, Contradicteur, Tutelle*, etc.]]

* SUBSTITUT. C'est un officier chargé de remplacer le procureur général ou le procureur du roi, et d'en faire les fonctions dans les cas où il ne le peut pas lui-même.

Anciennement, le procureur général commettait lui-même plusieurs Substituts pour l'aider dans ses fonctions; et lorsque la place de ce magistrat venait à vaquer par le décès de celui qui en était pourvu, le parlement confirmait les Substituts qu'il s'était choisis, et les commettait pour en remplir les fonctions pendant la vacance.

Les choses demeurèrent en cet état jusqu'au mois de mai 1580, que les Substituts du procureur général furent créés en titre d'office dans toutes les cours souveraines, comme ils sont encore présentement.

Cet édit, et un autre du mois d'avril 1696, ont aussi créé des Substituts des procureurs du roi dans les siéges inférieurs.

Les fonctions de ces officiers consistent, suivant les lois qu'on vient de citer, à remplacer les avocats et procureurs du roi dans leurs fonctions, en cas d'absence, négligence ou légitime empêchement. (M. Guyot.) *

[[Ces divers offices ont été supprimés avec les tribunaux auxquels ils étaient attachés; mais il en a été créé de semblables dans la nouvelle organisation judiciaire. *V.* les articles *Ministère public* et *Procureur général*.]]

SUBSTITUTION. Ce mot emporte avec soi la signification de ce qu'il veut dire. C'est l'action de mettre une personne à la place d'une autre, pour recueillir à son défaut, ou après elle, le profit d'une disposition (1).

Cette espèce de subrogation se fait par deux voies différentes: la première s'appelle *Substitution directe;* la seconde, *fidéicommis*, ou *Substitution fidéicommissaire*.

La Substitution directe n'est autre chose que l'institution d'un second héritier ou légataire, pour le cas où le premier serait incapable ou refuserait d'accepter la disposition faite en sa faveur. Par exemple, si un testa-

(1) C'est-à-dire, soit au père, soit à la mère, soit à une personne désignée par le testament de l'un ou de l'autre, soit à un ascendant.

(1) [[Ce mot désigne aussi l'action de mettre une personne à la place d'une autre pour le service militaire. *V.* l'article *Conscription militaire*, §. 10.]]

teur dit : *J'institue Pierre mon héritier; et au cas qu'il ne veuille ou ne puisse pas l'être, j'institue Antoine,* il résultera de ces termes une Substitution appelée *directe,* parceque, si elle vient à s'ouvrir, Antoine prendra directement la succession de la main du testateur.

La Substitution fidéicommissaire est celle qui a lieu lorsque le substitué ne doit profiter de l'institution ou du legs qu'après le premier appelé, et ne les reçoit par conséquent que de la main de celui ci. Telle est cette disposition : *J'institue Pierre mon héritier et je veux qu'à sa mort, il remette ma succession à Antoine.*

Nous avons une ordonnance *sur les Substitutions*, c'est celle du mois d'août 1747; mais elle n'est pas aussi générale dans son objet, qu'elle paraît l'annoncer par le titre qu'elle porte; car elle ne comprend que les *Substitutions fidéicommissaires.* Elle garde un profond silence sur les autres, et son préambule même manifeste ouvertement l'intention qu'a eue le législateur de ne pas s'en occuper.

Il est peu de matières dans le droit aussi importantes et d'un usage aussi fréquent que ces deux espèces de Substitutions. Pour en parler avec plus d'ordre, nous en ferons deux articles séparés.

SUBSTITUTION DIRECTE. On distingue cinq sortes de Substitutions directes, savoir,

La vulgaire,
La pupillaire,
L'exemplaire,
La réciproque,
Et la compendieuse.

§. I. *De la Substitution vulgaire.*

I. La Substitution vulgaire est ainsi appelée, parceque, de tous les cas pour lesquels les Substitutions directes ont été introduites, celui qu'elle a pour objet, est le plus ordinaire : c'est celle qui subroge quelqu'un à l'héritier ou au légataire, en cas qu'il ne veuille ou ne puisse pas recueillir, soit l'hérédité, soit le legs.

II. Il n'est pas toujours aisé de distinguer cette Substitution d'avec un fidéicommis; mais suivant les auteurs qui ont écrit d'après les principes du droit romain, notamment Menochius, *de præsumptionibus, lib.* 4, *præs.* 66 *et* 67, et Dumoulin, *consil.* 59, n° 10, on doit, dans le doute, présumer que le testateur n'a voulu substituer que vulgairement. Ainsi, selon eux, par ces termes, *j'institue pour mon héritier Sempronius, à qui je substitue Caïus*, le testateur n'est pas censé établir un fidéicommis, mais seulement appeler Caïus, au cas que Sempronius soit incapable ou refuse d'être héritier.

Nous reviendrons là-dessus à l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8; mais nous devons dire, dès à présent, qu'il n'y a point substitution vulgaire, et qu'il n'y a que fidéicommis, là où il paraît par les expressions de l'instituant, que ce n'est point à défaut ou en cas de refus de l'un, mais seulement après qu'il aurait recueilli, qu'il a appelé l'autre. Aussi le recueil du président Desjaunaux, nous offre-t-il, tome 1, §. 56, un arrêt du parlement de Flandre, du 7 mars 1695, par lequel il a été jugé « que cette clause d'un » testament, *je donne à Bertin deux fiefs et* » *un à Antoine, lesquels seront héritiers l'un* » *de l'autre,* ne contient point le cas de Subs- » titution vulgaire; en sorte que, si Bertin, » décédant le testateur, n'atteint pas son legs, » Antoine ne sera pas censé y être appelé ».

III. La Substitution vulgaire peut, comme l'institution, être faite purement ou sous condition; mais suivant la loi 73, D. *de heredibus instituendis*, la condition qui est attachée à celle-ci, n'est pas censée répétée dans celle-là.

Comme on peut instituer plusieurs héritiers à la fois, on peut aussi en substituer plusieurs, même à la place d'un seul institué; et réciproquement, on peut, à la place de plusieurs institués, ne substituer qu'une seule personne. C'est la disposition de la loi 36, §. 1, D. *de vulgari et pupillari Substitutione.*

On peut donner à la Substitution vulgaire plusieurs degrés, c'est-à-dire, substituer même au substitué; et alors, le second appelé est censé substitué à celui au profit duquel l'institution est faite. C'est ce qu'établissent les lois 27 et 41 du titre cité.

IV. C'était une question avant l'ordonnance de 1735, si la prétérition d'un enfant dans un testament, viciait tellement cet acte, qu'il ne pût valoir, même pour les Substitutions universelles qu'il contenait.

Les interprètes étaient partagés là-dessus, et quelques-uns distinguaient, d'après certains arrêts, le cas où la prétérition avait été faite sciemment, d'avec celui où elle n'avait eu d'autre cause que l'ignorance du testateur.

Mais l'art. 53 décide purement et simplement, « qu'en cas de prétérition d'aucun de » ceux qui ont droit de légitime, le testa- » ment sera déclaré nul, quant à l'institution » d'héritier; et que, si elle est chargée de » Substitution, ladite Substitution demeu- » rera pareillement nulle ».

Dans le droit romain, la Substitution vulgaire qui était faite au profit d'un enfant prétérit, faisait valoir le testament et avait tout son effet à la place de l'institution qui était anéantie. La loi 43, §. 2, D. *de vulgari et pupillari Substitutione*, et la loi 71, D. *de heredibus instituendis*, en contenaient des décisions expresses. « Si un fils (disait » notamment la seconde) est substitué à celui » dans l'institution duquel il est prétérit, il » prendra l'hérédité, non *ab intestat*, mais » en vertu du testament ».

Furgole, chap. 8, sect. 3, n° 47, soutient que ces lois sont abrogées par l'article cité de l'ordonnance de 1735; mais nous ne voyons pas sur quoi cette abrogation pourrait être fondée. Le droit romain, et surtout celui qui est consigné dans le Digeste, annulait, aussi bien que l'ordonnance de 1735, les Substitutions contenues dans les testamens infectés du vice de prétérition; l'art. 53 de l'ordonnance de 1735 n'a donc rien ajouté aux lois romaines sur ce point, et puisque le droit romain avait introduit, en faveur des Substitutions faites au profit des enfans prétérits, une exception à la nullité générale qu'il prononçait, on ne peut qu'adapter cette même exception à l'art. 53 de l'ordonnance de 1735, qui d'ailleurs fait assez entendre qu'il n'annulle que les Substitutions faites au préjudice du fils dont la prétérition vicie le testament.

[[*V.* l'article *Prétérition*.]]

V. Nous avons dit que la Substitution vulgaire a pour objet de mettre un héritier à la place de l'institué, et cela dans deux cas: l'un, où celui-ci ne voudrait pas, l'autre, où il ne pourrait point recueillir l'hérédité. C'est une question si le testateur qui n'a substitué que pour le premier de ces cas, doit être censé l'avoir également fait pour le second. Par exemple, *j'institue Sempronius mon héritier; et s'il ne veut pas l'être, je lui substitue Caïus.* Sempronius veut bien être héritier, mais il s'en trouve incapable: la Substitution de Caïus doit-elle avoir son effet?

Les opinions des interprètes sont singulièrement divisées sur ce point.

Pour l'affirmative, on compte Benedicti, Covarruvias, Grassus, Despeisses, Barry, Perèz, Rousseaud de Lacombe, et principalement Voët (*ad Pandectas*, liv. 28, tit. 6, n° 12), qui en développe toutes les raisons avec sa netteté ordinaire.

La négative est soutenue par Vinnius, Fachinée et Ricard. Voici comment s'explique ce dernier (*Traité des Substitutions*, n° 207):

« Les conditions sur lesquelles sont faites les institutions, les Substitutions et les autres dispositions, doivent être précisément accomplies dans les termes qu'elles sont conçues, pour faire que la disposition puisse avoir lieu, sans que l'équipollence y soit reçue; et un cas ne passe jamais pour un autre, à moins qu'ils ne soient parfaitement identiques. Les conditions ne sont pas même le plus souvent fondées en raison, et n'ont pour objet que la pure volonté du testateur, comme quand elles dépendent d'un événement indifférent dont nous avons plusieurs exemples en droit: *si in Capitolium Titius ascenderit.*

» Et cette maxime est si constante dans la matière des conditions, que le jurisconsulte résoud dans la loi 101, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, que la disposition faite à OElius Philippus, en cas que la fille du testateur refusât de l'épouser, ne devait pas avoir lieu, la fille étant morte avant l'âge de puberté et du mariage, et avant qu'elle eût été capable de déclarer sa volonté sur le sujet de la condition qui avait été prescrite ».

VI. La Substitution vulgaire n'étant faite que pour le cas où l'institué ne serait pas héritier, elle s'évanouit nécessairement dès que l'institué a accepté la succession. C'est ce que décide la loi 5, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*.

Mais reprend-elle sa force, lorsque l'institué mineur se fait restituer contre l'acceptation qu'il a faite de l'hérédité?

« C'est (dit Furgole, chap. 10, sect 1, » n° 70) une grande question sur laquelle les » interprètes sont partagés. Les uns (ajoute-» t-il) tiennent que la Substitution revit par » la restitution en entier; les autres soutien-» nent qu'elle est absolument éteinte par l'a-» dition »; et c'est ce dernier sentiment que l'auteur embrasse. Voici sur quoi il se fonde:

« La loi 7, §. 10, D. *de minoribus*, décide que, quand un mineur institué avec substitution vulgaire en faveur d'un esclave, a accepté, s'il se fait restituer en entier, la Substitution est éteinte par l'adition, et ne revit point, à moins que l'héritier ne soit absolument insolvable; auquel cas, la Substitution éteinte reprend sa force, et l'esclave devient héritier nécessaire, afin que le testateur ne meure pas sans héritier, et que l'hérédité ne soit pas abandonnée aux créanciers, pour en faire vendre les biens, ce qui était réputé à déshonneur pour le testateur, suivant la manière de penser des Romains.

» On trouve donc dans cette loi une règle

qui établit que, quand le mineur a accepté une hérédité, la Substitution vulgaire est éteinte sans pouvoir revivre, quoique le mineur se fasse restituer contre l'acceptation; et une exception, lorsque la Substitution vulgaire est faite en faveur de l'esclave du testateur, et que l'hérédité est insolvable, de manière qu'il n'y ait point d'espérance qu'elle soit acceptée par les successeurs *ab intestat.*

» Ainsi, on doit décider que la substitution vulgaire est éteinte par l'adition, quand même l'héritier se ferait restituer, parceque, *qui semel est heres non potest desinere esse heres*, et que la restitution en entier n'empêche pas que l'héritier ne conserve cette qualité, ne pouvant opérer d'autre effet que de libérer l'héritier des charges héréditaires; ce qui semble confirmé par la loi *si minor*, 61, D. *de acquirendâ hereditate*, qui décide que, quand le mineur co-héritier a accepté sa portion, quoiqu'il se fasse restituer, l'autre co-héritier n'est pas obligé de payer les charges de la moitié qui se trouve répudiée et vacante, et que la possession des biens est accordée aux créanciers héréditaires.

» Cela est encore confirmé par la loi 2, §. 3, D. *de vulgari et pupillari*, qui décide que, quand le mineur a répudié, l'hérédité est déférée au substitué vulgaire, quoique le mineur se fasse restituer contre la répudiation; car ce qui est dit de la répudiation par rapport à son effet, peut être appliqué à l'adition: et comme la répudiation donne lieu à l'ouverture de la Substitution, quoique le mineur se fasse restituer, il faut aussi que l'adition éteigne la Substitution, nonobstant la restitution en entier ».

Ainsi raisonne Furgole, et l'on verra bientôt qu'il raisonne mal.

Nous ne dirons pas, comme le font quelques auteurs, que son opinion est détruite par la loi 44, D. *de re judicatâ*; car, dans le cas de cette loi, il ne s'agit pas d'une Substitution simplement vulgaire, mais d'une Substitution pupillaire tacite.

Mais nous dirons d'abord que cette opinion est combattue par un principe connu de tout le monde, et qui, bien apprécié, suffit pour résoudre tous les doutes: c'est que la restitution en entier rétablit toujours les choses au même état où elles étaient avant l'acte contre lequel elle est accordée: *Restitutio autem ita facienda est ut unusquisque in integrum jus suum recipiat*, dit la loi 24, §. 4, D. *de minoribus*.

Nous dirons encore que, par le chap. 1er de la novelle première, la privation de l'hérédité qu'encourt l'institué, faute d'accomplir, dans l'année de son adition, toutes les dernières volontés du testateur, fait ouverture au droit du substitué vulgairement; ce qui prouve bien que la Substitution vulgaire n'est pas irrévocablement éteinte par l'adition, et que l'une doit revivre lorsque l'autre vient à être considérée comme non avenue.

Nous ajouterons que, puisqu'aux termes de la loi 6, §. 2 et 3, D. *de bonis libertorum*, la restitution de l'héritier institué contre son adition, fait renaître, en faveur de l'héritier *ab intestat*, un droit de succéder qui ne pouvait avoir lieu qu'en cas de répudiation du testament, il ne peut y avoir aucune raison pour qu'elle n'opère pas le même effet à l'égard du substitué, lorsqu'il y en a un.

Enfin, la volonté du testateur doit toujours être entendue avec effet; et certainement elle ne le serait pas suivant l'opinion de Furgole, puisque, de son aveu, celui au défaut duquel le testateur en a appelé un autre, n'est plus héritier que de nom, après qu'il s'est fait restituer en entier contre son adition.

Les deux lois que Furgole nous oppose, ne nous sont nullement contraires.

La loi 7, §. 10, D. *de minoribus*, décide bien qu'un esclave substitué ne peut, dans la règle générale, devenir héritier ni libre par la restitution en entier du mineur substitué; mais cette décision est absolument particulière à son espèce. Dans le droit romain, l'esclave institué par son maître, est toujours *héritier nécessaire*. Aux termes du §. 1, Inst. *de heredum qualitate*, pour être héritier nécessaire, il faut être saisi de la succession dès l'instant précis et physique de la mort du testateur, *omninò et protinùs à morte testatoris*. Or, quand un mineur accepte une hérédité après son ouverture, il empêche qu'elle ne fasse, dès ce moment, impression sur la tête de l'esclave substitué. Il n'est donc plus possible que celui-ci devienne héritier nécessaire; la condition de laquelle la loi faisait dépendre en lui cette qualité, a failli; la restitution en entier du mineur aura beau remettre les choses dans leur premier état: il sera toujours vrai de dire qu'il a été un temps où la succession n'a point été déférée à l'esclave, et cela seul écartera toute idée d'héritier nécessaire. On sait d'ailleurs que la fiction produite par la restitution en entier, n'est pas complète: elle rétablit, à la vérité, les choses dans leur ancien état, mais ce n'est point avec effet rétroactif, *non prout ex tunc*, disent les auteurs, *sed prout ex nunc*; et c'est ce que justifie parfaitement la loi 1, §. 11, D. *ad senatus-consultum Tertullianum*.

A l'égard du §. 3 de la loi 2, D. *de vulgari et pupillari Substitutione*, il est bien clair que Furgole le cite sans l'entendre. Examiné attentivement et rapproché des autres paragraphes de la même loi, avec lesquels il ne forme qu'un seul contexte de décisions, il ne présente rien de relatif à la Substitution simple vulgaire, rien qui ait le moindre rapport à notre question On commence, dans ce texte, par établir que la Substitution pupillaire ne peut avoir son effet qu'autant que le testament du père est accepté. Après avoir parcouru plusieurs espèces auxquelles on adapte ce principe, on demande si la restitution de l'héritier mineur contre sa renonciation, fait revivre la Substitution pupillaire écrite dans le testament qui avait été répudié; et l'on décide pour l'affirmative, parceque la restitution en entier doit remettre les choses dans l'état où elles se trouveraient, si l'acte contre lequel on la fait valoir, n'avait pas eu lieu. Voilà tout ce que renferme ce texte; et assurément personne n'y verra, comme Furgole, que la restitution du mineur contre sa renonciation, laisse entiers les droits qui en étaient résultés pour le substitué vulgairement : cette proposition est d'ailleurs de toute fausseté.

VII. La Substitution vulgaire s'éteint, suivant la loi 6, §. 1, C. *de institutionibus et Substitutionibus*, lorsqu'il nait des enfans au fils à défaut duquel elle avait été faite dans un temps où il était sans enfans.

Elle s'éteint encore par la mort du substitué, arrivée antérieurement à celle du testateur, parce qu'avant son ouverture, elle ne forme qu'une simple espérance qui n'est point passible de transmission.

La loi 9, D. *de suis et legitimis heredibus*, assimile à ce cas celui du décès du substitué, après le testateur à la vérité, mais avant l'institué : *Substituto vivo*, dit-elle, *defertur ex Substitutione hereditas; non item si decesserit, heredem ejus sequitur.* Mais cette décision ne doit plus être suivie dans nos mœurs. La règle, *le mort saisit le vif*, qui est reçue dans les pays de droit écrit comme dans les pays coutumiers, ne permet pas de considérer, pour déterminer la qualité d'héritier, d'autre instant que celui du décès du testateur, et fait tout remonter à cette époque précise. Ainsi, lorsqu'un substitué vulgairement vient à la succession par l'effet de la renonciation de l'institué, il est censé en avoir été saisi dès l'instant de son ouverture; et, par une conséquence nécessaire, s'il meurt avant l'expiration des délais accordés à l'institué pour délibérer, ses héritiers auront droit à la succession, parcequ'il est réputé l'avoir appréhendée lui-même.

Dans l'ancien droit romain, l'institué ne transmettait pas à ses héritiers le droit qu'il avait d'exclure le substitué. S'il mourait avant d'avoir pris qualité, le substitué entrait dans sa place, et ses héritiers n'avaient rien à dire. Mais depuis que le droit de délibérer est transmissible, le substitué est exclu par l'héritier de l'institué : c'est la doctrine d'une foule d'auteurs, et elle a acquis dans nos mœurs un nouveau degré d'évidence par la seule règle, *le mort saisit le vif*.

VIII. Il nous reste à observer que la Substitution vulgaire n'a pas lieu indistinctement dans toutes nos coutumes. On verra à l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, que la coutume de Berri la proscrit formellement à l'égard des héritiers testamentaires, en ce qu'elle n'admet qu'une *première institution;* mais il paraît qu'elle l'autorise, au moins tacitement, pour les legs.

Il faut mettre sur la même ligne les coutumes qui prohibent les institutions d'héritiers, au point de leur refuser même l'effet d'un simple legs : car les Substitutions directes ne sont que des institutions subsidiaires; et, par cette raison, elles ne peuvent pas avoir plus d'effet que les institutions même. *V.* l'article *Héritier*, sect. 1, §. 1, n° 7.

[[IX. Aujourd'hui, la Substitution vulgaire est admise dans toute la France. Le Code civil, après avoir dit, art. 896, que *les Substitutions sont prohibées*, et expliqué que, par le mot *Substitution*, il entend ce que le droit romain appelle *Substitution fidéicommissaire*, ajoute, art. 898 : « la disposi» tion par laquelle un tiers serait appelé » à recueillir le don, l'hérédité ou legs, dans » le cas où le donataire, l'héritier institué » ou le légataire ne le recueillerait pas, ne » sera pas regardée comme une *Substitution*, » et sera valable ».

V. l'article *Institution contractuelle*, §. 12 et 13.]]

§. II. *De la Substitution pupillaire.*

I. On appelle *Substitution pupillaire*, la disposition par laquelle un père fait le testament de son fils impubère et lui nomme des héritiers, en cas qu'il vienne à mourir avant d'avoir atteint l'âge de quatorze ans, si c'est un garçon, et de douze ans, si c'est une fille.

Le droit de disposer de la sorte, est une exception à la règle qui restreint à nos pro-

pres biens la liberté que les lois civiles nous ont accordée de tester. Il ne faut pas chercher dans les fastes de la jurisprudence l'époque précise de l'introduction de cette manière de disposer; on l'ignore : seulement on sait qu'elle n'est due à aucune loi expresse, et que l'usage seul lui a donné l'être : *Moribus introductum est ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, fœminæ ad duodecim*, dit la loi 2, *pr.*, D. *de vulgari et pupillari Substitutione.*

Cette Substitution est du nombre de celles qu'on appelle *directes*, parceque celui en faveur de qui elle est faite, est, sous certains rapports, censé prendre les biens de la main du père.

C'est sur ce fondement que deux arrêts du parlement de Paris, des 10 juillet 1610 et 14 juillet 1654, ont assujéti aux droits seigneuriaux une Substitution pupillaire faite par un mari au profit de sa femme, quoiqu'il fût avoué entre les parties qu'il n'était rien dû pour les dispositions faites par le fils en faveur de sa mère (1).

Mais il est bien d'autres rapports sous lesquels le substitué pupillairement est réputé succéder au fils et non au père. On peut même dire, quoiqu'en ait pensé Ricard, que telle est la règle générale. C'est ce qu'insinue très-clairement l'empereur Justinien, lorsqu'il avance que la Substitution pupillaire est un testament qu'un père fait pour son fils, (Inst. *de pupillari Substitutione*). De là en effet il résulte, dit le président Bouhier, sur la coutume de Bourgogne, chap 75, « que, quoique ce soit véritablement la dis» position du père, on suppose, par une fic» tion de droit, que c'est celle du fils, et on » lui en attribue en conséquence tous les » effets ». C'est même ce que paraît décider formellement l'empereur Justinien à l'endroit cité, lorsqu'il établit que le substitué succède au fils qui meurt avant l'âge de puberté : *ipsi filio sit heres.*

II. On distingue communément deux sortes de Substitutions pupillaires : l'expresse et la tacite.

La première est celle qui a expressément pour objet de nommer un héritier au fils, en cas qu'il vienne à décéder après son père, avant l'âge de puberté. Elle se fait ordinairement en ces termes : *Si mon fils meurt impubère, je veux qu'un tel soit son héritier.*

La seconde n'a d'autre forme que celle d'une Substitution purement vulgaire : on la nomme *pupillaire tacite*, parceque le substitué vulgairement est présumé appelé par le testateur, non-seulement à recueillir sa propre succession en cas que son fils ne veuille ou ne puisse pas l'appréhender, mais encore à succéder au fils même, s'il meurt en pupillarité.

Cette présomption est formellement autorisée par la loi 2, §. pén., D. *de vulgari*; par la loi 4 du même titre; et par la loi 4, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*; mais elle peut être détruite par une preuve contraire, c'est-à-dire, par la déclaration du testateur qu'il n'entend pas que la Substitution vulgaire, contenue dans son testament, ait l'effet d'une Substitution pupillaire. C'est ce que fait voir le §. 3, *de pupillari Substitutione*, aux Institutes.

III. La Substitution pupillaire est appelée par les lois un *second testament* (1); et cette dénomination fait bien entendre qu'elle ne peut pas subsister sans un testament préalable du père, qui contienne une institution d'héritier et soit revêtu de toutes les formes requises. De là, les textes sans nombre qui déclarent nulle celle qui a été faite par un acte antérieur au testament.

On ne porte cependant pas la rigueur jusqu'à annuler celle qui se trouve consignée dans le testament même, quoique placée avant les propres dispositions du père. *V.* la loi 1, §. dernier; la loi 2, §. 1, 4, 5 et 6, D. *de vulgari*; la loi 28, D. *de heredibus instituendis*; et le §. 5, *de pupillari Substitutione*, aux Institutes.

IV. Le père ne peut charger de Substitution pupillaire, que les enfans soumis à sa puissance. C'est ce que porte la loi 2, D. *de vulgari et pupillari Substitutione.*

Parmi les enfans impubères qu'un testateur a sous sa puissance, il peut choisir qui il veut pour le grever de cette Substitution : la loi 38 du titre cité lui en laisse le pouvoir; et même la loi 37 dit qu'il peut les en grever tous, s'il le juge à propos. La loi 2 ajoute que les posthumes sont sujets, comme les autres, à cette espèce de fardeau. La loi 10, §. 5, et la loi 26, C. *de inofficioso testamento*, vont plus loin : elle permettent de substituer pupillairement au fils légitimaire ou exhérédé.

(1) Henrys, liv. 3, quest. 14; Ricard, *traité des Substitutions*, part. 1, no 59.

(1) Loi 12, D. *de vulgari*; loi pén., D. *testamenta quemadmodum aperiantur*, Brissonius, *antiquit. select, lib.* 3, *cap.* 12.

V. Quand nous disons que la Substitution pupillaire est une espèce de fardeau, nous parlons plutôt un langage vulgaire que celui de la loi; car les jurisconsultes romains ne considèrent pas la Substitution pupillaire comme une charge imposée au pupille, mais uniquement comme une disposition dont ils le feignent auteur, en un mot, comme son propre testament. (Inst. *de pupillari Substitutione, pr.*).

De là vient qu'un pupille ne peut pas intenter la plainte d'inofficiosité contre la Substitution pupillaire écrite dans le Testament de son père. *V.* l'article *Légitime*, sect. 5, §. 4.

VI. Le substitué pupillairement succède, non-seulement aux biens que le pupille a reçus de son père, mais encore à ceux qui lui sont advenus d'ailleurs, et même de sa mère ou de ses parens maternels. Telle est la décision expresse de la loi 10, §. 5, C. *de institutionibus et Substitutionibus.*

Exclud-il donc la mère elle-même, lorsqu'elle survit au pupille?

Il faut distinguer s'il est appelé par une Substitution pupillaire expresse, ou seulement par une Substitution vulgaire contenant la pupillaire tacite.

Au premier cas, nous avons dit, à l'article *Légitime*, sect. 5, §. 4, que, suivant la jurisprudence des parlemens de Paris, de Toulouse et de Provence, la mère n'a aucun droit à la succession, ni même à une légitime dans la succession de son fils, et que cette jurisprudence n'est contredite que par le parlement de Bordeaux. Nous devons ajouter ici quelle est pareillement suivie à Grenoble, mais rejetée à Dijon (1).

Dans le second cas, on tient généralement que la mère n'est pas exclue; et l'on se fonde sur les lois 8, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, et dernière, C. *de institutionibus et Substitutionibus.*

Cette opinion n'est cependant pas sans difficulté. Doneau (*Donellus*), le président Favre et le président Bouhier soutiennent que les textes dont on l'étaie, ne portent que sur des espèces particulières; et qu'en supposant la mère exclue par la Substitution pupillaire expresse, il faut nécessairement attribuer le même effet à la Substitution pupillaire tacite. Mais l'usage l'a emporté sur leurs raisons, et il est de maxime partout que cette dernière espèce de disposition n'exclud pas la mère. *V.* Ricard, *Traité des Substitutions*, part. 1, n° 65; Bretonnier sur Henrys, liv. 5, quest. 73; Fusarius, *de Substitutionibus*, quest. 157; le président Favre, dans son Code, liv. 6, tit. 8, déf. 1; Bunnius, *Encyclopedia juris*, part. 4, tit. 19, chap. 3; Barry, *de Successionibus*, liv. 4, chap. 7.

Mais il reste là-dessus une question importante: c'est de savoir si, dans le cas de la Substitution pupillaire tacite, la mère exclud le substitué de toute la succession de son fils, ou si elle n'a que le droit d'y prendre une légitime.

Le parlement de Bordeaux a embrassé ce dernier parti, et il a agi en cela conséquemment à des principes qui ne lui sont communs qu'avec le parlement de Dijon. S'il rejette l'opinion de ceux qui regardent la mère comme exclue par l'appel à une Substitution pupillaire tacite, ce n'est, ni par une interprétation favorable de la volonté du testateur, ni par la présomption que celui-ci n'a pas pensé à étendre sa disposition au-delà de ses termes, pour préjudicier à la mère: c'est uniquement parcequ'il assimile entièrement la Substitution pupillaire tacite, à la Substitution pupillaire expresse, suivant la règle, *expressi et taciti idem est judicium*, et que, dans le cas d'une Substitution pupillaire expresse, il considère la privation du droit qu'a la mère de prendre une légitime dans la succession de son fils, comme un acte qui excède le pouvoir du testateur. D'après cela, il est sensible qu'il se contredirait lui-même, si, dans le cas d'une Substitution pupillaire tacite, il accordait à la mère plus que sa légitime.

Il n'en doit pas être de même aux parlemens de Paris, de Toulouse, de Grenoble et de Provence. Le motif pour lequel ces cours dérogent, en faveur de la mère, à la règle qui étend la Substitution vulgaire au point de la convertir en pupillaire tacite, est qu'on ne doit pas présumer, dans le testateur, l'intention d'exclure une mère de la succession de son fils; qu'il ne l'a pas manifestée ouvertement; et que, dans les choses odieuses, on ne doit rien ajouter à ce qui est écrit; qu'à la vérité, il est des cas où les dispositions tacites ont le même effet que les dispositions expresses; mais qu'il en est aussi plusieurs où les unes sont moins efficaces que les autres; et que les lois elles-mêmes nous l'ont appris, en posant pour maxime générale, que *expressa nocent, non expressa non nocent.*

On conçoit aisément que ces raisons doivent avoir la même influence sur la totalité de la succession, que sur une portion légitimaire; il n'y a pas de prétexte pour réduire à une

(1) *V.* le président Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, chap. 75, n° 7.

légitime les droits de la mère en faveur de qui elles militent; et dès-lors, il faut nécessairement que la mère ait la succession entière du pupille.

VII. Celui qui, étant institué par le père, a répudié sa succession, ne peut, par la suite, la reprendre à titre de Substitution pupillaire, parcequ'en cette matière, qui ne veut succéder au père, ne peut succéder au fils. C'est ce que porte la loi 10, §. 3, D. *de vulgari et pupillari Substitutione*.

Mais l'héritier du père qui, après avoir pris qualité, est privé de sa succession, soit à titre d'indignité, soit parceque le testament a été déclaré inofficieux à son égard, n'est pas, pour cela, déchu de l'avantage d'une Substitution pupillaire faite à son profit; car il est toujours vrai de dire qu'il a été héritier, et dès qu'au demeurant il ne se trouve entaché d'aucune incapacité personnelle, rien n'empêche qu'il ne recueille la succession du fils. C'est ce que décident la loi 31 et le §. 3 de la loi 43, D. *de vulgari et pupillari Substitutione*.

VIII. Peut-on, en exerçant l'effet d'une Substitution pupillaire, diviser la succession du fils, pour y prendre ce qui provient de lui-même, et abandonner ce qu'il a recueilli de la succession de son père?

On sent qu'une pareille scission serait souvent avantageuse, en ce qu'elle soustrairait le substitué aux poursuites des créanciers du père; mais les lois ne l'ont pas permise, parceque les biens du père, après sa mort et celle du fils, ne forment, avec les biens de ce dernier, qu'un même corps de succession; et qu'on ne peut, suivant les premiers principes, accepter une hérédité pour une partie, et la répudier pour l'autre. Telle est la disposition expresse de la loi 10, §. 2 et 3, D. *de vulgari*; de la loi 59, D. *de acquirendâ hereditate*; et de la loi 28, D. *de rebus auctoritate judicis*.

Que serait-ce donc si le pupille mourait avant d'avoir appréhendé la succession de son père?

En ce cas, il faudrait distinguer: ou le substitué a été institué par le père conjointement avec le pupille, ou il ne l'a pas été.

Dans la première hypothèse, le substitué acquiert, par droit d'accroissement, et indépendamment même de la Substitution pupillaire, toute la portion que le pupille a laissée vacante; et par conséquent il ne peut y avoir de difficulté à son égard: aussi la loi 40, D. *de vulgari*, déclare-t-elle positivement qu'il est *héritier nécessaire* de la portion du pupille.

Dans la seconde hypothèse, le substitué peut se tenir aux biens du pupille, et persister dans l'abstention faite par celui-ci de la succession du père. C'est ce que porte la loi 42, D. *de acquirendâ hereditate*; et la loi 28, D. *de rebus auctoritate judicis*.

Par la même raison, si le pupille est immiscé mal à propos et contre ses véritables intérêts, dans la succession du père, le substitué qui succède à ses droits, peut, de son chef, recourir au bénéfice de restitution en entier, et se faire relever de l'immixtion qui le lèse. C'est ce que nous apprend la loi 12, D. *de vulgari*. *V.* Barry, *de successionibus* liv. 11, tit. 22; et Voët, *ad pandectas*, titre *de minoribus*, n° 36.

Du reste, la règle générale qui défend de séparer, dans l'acceptation, les biens du pupille d'avec ceux du père, est si constante, que le substitué qui a été institué avec le pupille et a concouru avec lui dans le partage de la succession paternelle, ne peut plus, par la suite, répudier la succession du pupille même, et qu'il en devient héritier malgré lui. La loi 59, D. *de acquirendâ hereditate*, et la loi 20, C. *de jure deliberandi*, ne laissent là-dessus aucun doute.

IX. Un père appelle à la succession de son fils tous ceux qu'il a institués pour ses propres héritiers: dans ce cas, disent les lois 8 et 9, D. *de vulgari*, les appelés prendront, dans la succession du fils, les mêmes parts que celles pour lesquelles ils ont été institués par le père.

Mais quelles seront, dans la succession du fils, les parts des substitués que le père aura appelés en ces termes: « J'institue pour mes » héritiers Titius et Mévius; et je veux qu'ils » succèdent à mon fils avec Sempronius, s'il » vient à mourir avant l'âge de puberté »?

La loi 9 du titre cité déclare que, dans cette espèce, il faut partager en deux moitiés égales la succession du fils, donner l'une à Sempronius, et assigner l'autre aux héritiers du père, qui en feront entr'eux une subdivision calquée sur les parts qu'ils auront prises dans la succession de celui-ci.

Mais cette décision est-elle bien conforme à la volonté présumée du testateur?

Elle ne paraît pas l'être; aussi l'empereur Justinien l'a-t-il abrogée par la loi dernière, C. *de institutionibus et Substitutionibus*, suivant laquelle Titius, Mévius et Sempronius doivent concourir également et par têtes dans le partage de l'hérédité du fils.

X. Nous avons dit ci-devant, §. 1, qu'aux termes de la loi 2, §. 3, D. *de vulgari et pupillari Substitutione*, la Substitution pupil-

laire n'est d'aucun effet, si le testament qui la contient, n'est pas accepté. Cette assertion exige un peu de développement.

Le principe général est que le défaut d'acceptation ôte à un testament toute sa force, au moins pour les dispositions universelles qu'il renferme : *Si nemo hereditatem subiit, omnis vis testamenti solvitur*, dit la loi 181, D. *de regulis juris*.

De ce principe à la disposition de la loi dont on vient de parler, la conséquence est très-claire. Cependant il existe plusieurs textes qui semblent la combattre ; mais pour tout concilier, il n'est besoin que d'une distinction entre le cas où le père a institué ses enfans déjà *héritiers siens* par le seul effet de la loi, et le cas où il n'a institué que des étrangers, ou même des enfans à qui l'émancipation avait fait perdre les droits de *suité*.

Dans le premier cas, comme les enfans *siens* sont héritiers de plein droit, ni leur abstension ni même leur renonciation n'ôtent au testament qui les a institués, la vertu de leur donner à eux-mêmes des héritiers, en cas qu'ils meurent impubères, et leur seule existence assure l'effet de la Substitution dont ils sont chargés. C'est ce que décident la loi 42, D. *de acquirendâ hereditate*, et la loi 28, D. *de rebus auctoritate judicis*.

Dans le second cas, qui ne peut arriver que lorsque le pupille auquel le père substitue, est exhérédé, il ne se trouve point d'héritier *sien* en vertu du testament; et par cette raison, il faut, pour la validité de la Substitution pupillaire, que le testament soit accepté par les héritiers étrangers dont il contient l'institution. C'est de ce cas qu'on doit entendre la loi 2, §. 1, D. *de vulgari;* et c'est ce que portent expressément la loi 10, §. 4, du même titre, et le §. 5, *de pupillari Substitutione*, aux Institutes.

Au reste, on devine bien que ce second cas ne peut plus arriver dans nos mœurs ; il ne le pouvait même plus dans le dernier état de la jurisprudence romaine; car l'empereur Justinien, en restreignant le pouvoir illimité que les pères avaient avant lui de déshériter leurs enfans, a fixé les causes pour lesquelles il les laissait maîtres de le faire; et parmi ces causes, on n'en trouve pas une qui puisse s'adapter à un enfant impubère.

XI. La Substitution pupillaire s'éteint de différentes manières.

1° La loi 2, D. *de vulgari et pupillari Substitutione*, décide, ainsi que la loi 41, §. 2, du même titre, qu'elle s'éteint par l'émancipation du fils, du vivant du testateur. La raison en est que le père ne peut substituer pupillairement qu'aux enfans qui sont sous sa puissance.

2° Elle s'éteint aussi par le décès du substitué, du vivant du pupille. La loi 10, D. *de vulgari*, le règle ainsi expressément, et la loi 47 du même titre en donne la raison : c'est, dit-elle, que cette Substitution n'est point transmissible avant son ouverture. *V.* ce qu'on a dit à l'article *Mort*, §. 2, sur le cas où le substitué et le pupille décèdent ensemble.

3° Une autre manière d'éteindre la Substitution pupillaire, est la cassation du testament du chef de prétérition ou d'inofficiosité. *V.* l'art. 53 de l'ordonnance de 1735, rapporté ci-dessus, §. 1.

Mais si le testament n'était rescindé comme inofficieux que pour une partie, la Substitution pupillaire subsisterait. Cette exception nous est tracée par les lois 31, D. *de vulgari;* 8, §. 5; et 15, §. dernier, D. *de inofficioso testamento*.

4° La substitution pupillaire s'éteint encore par la puberté de l'enfant qui en est chargé, parcequ'à cette époque, il devient capable de tester lui-même. C'est ce que porte le §. 8, Inst. *de pupillari Substitutione;* et cela est si vrai que, quoiqu'il soit au pouvoir du père de limiter à un âge au-dessous de la puberté, l'espace de temps que doit durer la Substitution pupillaire (1), il ne peut pas le prolonger au-delà, et faire en sorte, par exemple, que le substitué devienne héritier de son fils, au cas que celui-ci décède à quinze, seize ou dix-sept ans. Les lois 7 et 14, D. *de vulgari*, sont là-dessus très-formelles.

La loi 15, du même titre, et la loi 8, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, modifient cette règle par rapport aux testamens militaires. Si un soldat, disent-elles, étend la Substitution pupillaire au-delà du temps où son fils aura atteint l'âge de puberté, sa disposition ne sera pas exécutée à la lettre, mais on la convertira en fidéicommis, et elle recevra à ce titre une exécution entière sur les biens qui seront venus de lui.

Quelques interprètes ont soutenu que cette décision n'était point particulière aux soldats;

(1) Les lois 21, 38, §. 1 et 2; et 43, §. 1, D. *de vulgari*, nous en offrent plusieurs exemples, et ajoutent que, dans ce cas, si le pupille décède après le temps marqué par le testateur, mais avant l'âge de puberté, ce sont les héritiers du sang qui doivent recueillir sa succession.

mais ils n'ont pas fait attention qu'ils contredisaient un texte précis et littéral du droit romain. En effet, la loi 15, D. *de vulgari*, marque expressément que sa disposition est fondée sur le privilége des soldats, *ex privilegio militum*.

Nous conviendrons cependant que l'opinion proscrite par ce texte, est admise dans nos mœurs (1); et l'innovation que nous avons faite en cette partie, paraît avoir sa source dans la loi 76, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*. Dans le fait qui est l'objet de cette loi, un père avait fait un testament et un codicille: par le premier de ces actes, il avait institué son fils héritier; par le second, il lui avait substitué pupillairement. On convenait que cette Substitution ne pouvait pas valoir, parcequ'étant une seconde institution, il était impossible qu'elle se fît par codicille: *hereditas codicillis neque dari neque adimi potest*; et sur cela, la mère du pupille qui était mort avant l'âge de puberté, prétendait que sa succession lui était dévolue *ab intestat*. Cependant le jurisconsulte Scévola répondit que, *par une interprétation bénigne*, la Substitution directe devait être regardée comme un fidéicommis, et que, conséquemment, la mère devait rendre la succession au substitué, en retenant seulement sa quarte trébellianique.

Cette résolution a servi de motif à un arrêt du parlement de Dijon, du 18 janvier 1616, par lequel, dit le président Bouhier, « il fut » jugé qu'une Substitution pupillaire, faite » en termes directs par une mère, quoique » nulle par l'incapacité de la testatrice de » faire un pareil acte, ne laissait pas de va» loir comme fidéicommis au profit de l'héri» tier substitué ».

Raviot sur Perrier, quest. 248, nos 18 et 19, nous retrace deux arrêts de la même cour, des 7 février 1650 et 9 mars 1684, qui décident positivement la même chose.

Il est bien prouvé par là qu'une Substitution pupillaire, qui ne peut pas valoir comme telle, doit être convertie en fidéicommissaire; et l'on sent que ce principe a dû, comme il l'a fait, rendre général le privilége que la loi 15, D. *de vulgari*, accordait aux soldats pour les Substitutions pupillaires excédant le terme légal.

XII. Peut-on compter au nombre des causes qui opèrent l'extinction de la Substitution pupillaire, le décès du fils arrivé avant celui du testateur?

Non, parcequ'en ce cas, la Substitution pupillaire se convertit en vulgaire et en a tous les effets. Car, de même que la Substitution vulgaire expresse comprend en soi la pupillaire tacite, de même aussi il y a toujours une Substitution vulgaire tacite renfermée dans la pupillaire expresse. C'est ce que Voët (*ad Pandectas*, *lib.* 28, *tit.* 6, no 11) a parfaitement démontré par la loi 4, D. *de vulgari*, et par le §. 2 du même texte. Telle est d'ailleurs l'opinion de Mantica, *de Conjecturis ultimarum voluntatum*, liv. 5, tit. 3; de Doneau, *Commentaria juris civilis*, liv. 6, chap. 24; de Zoëz, sur le Digeste, liv. 28, tit. 6, no 17; de Vinnius, *Selectæ quæstiones*, liv. 2, chap. 24, etc.

XIII. Raviot sur Perrier, quest. 180, rapporte trois arrêts du parlement de Dijon, des 3 juin 1638, 18 mars 1644 et 11 février 1654, par lesquels il a été jugé « que la Substitution » pupillaire n'était point sujette aux formali» tés de publication et d'enregistrement, » prescrites pour les fidéicommis ».

XIV. L'avantage que tire une mère de la Substitution pupillaire faite à son profit, est-il sujet à la réserve établie par la loi *fœminæ*, et qui forme le second chef de l'édit des secondes noces?

Ricard soutient l'affirmative.

Les partisans de l'opinion contraire, dit-il, objectent « que la mère étant appelée par la » loi à la succession de son fils, la Substitution » pupillaire ne lui attribue rien qui ne lui ap» partienne déjà en vertu d'un droit qui lui » est propre; et ainsi, que le testament de son » mari ne lui doit pas être à charge et l'obli» ger à souffrir une peine, puisqu'il ne lui » profite de rien; et que ne faisant autre » chose que de ratifier ce qui n'appartiendrait » pas moins à sa femme, cessant même sa » disposition, c'est le véritable cas auquel on » peut dire que celui qui confirme ne donne » rien, et qu'elle peut même renoncer à la » Substitution sans se faire préjudice, parce» qu'elle rencontrera dans la succession *ab* » *intestat*, les mêmes biens qui lui étaient » donnés par le testament ».

Cette objection, poursuit Ricard, porte sur un faux supposé. « Il est bien vrai que la mère » est appelée pour recueillir indistinctement » tous les biens de son fils; mais les lois qui » ont introduit les peines des secondes noces, » ont fait différence des biens adventifs qui » appartiennent au fils de son chef, d'avec » ceux qui lui sont échus par la succession de

(1) Voët, *ad Pandectas*, lib. 28, tit. 5, no 26.

» son père; à l'égard de ces derniers, elles ont » voulu que la mère fût obligée de les réser- » ver aux enfans du premier lit, comme » les avantages qu'elle avait reçus de son » mari (1) ».

Ricard va plus loin, et soutient que la réserve doit embrasser jusqu'aux biens qui sont parvenus au fils par une autre voie que la succession de son père. Mais, à cet égard, sa doctrine paraît plus subtile que solide : il est certain que, par rapport à ces biens, le testateur ne donne rien à sa femme en faisant pour elle une Substitution pupillaire; et cela seul doit écarter toute idée de réserve.

On trouve dans le *Dictionnaire des arrêts* de Brillon, au mot *Noces*, n° 12, et *Substitution*, n° 115, un arrêt du 19 décembre 1719, qui, selon cet auteur, a jugé « que la mère » remariée, qui a profité des biens du der- » nier de ses enfans du premier mariage, à » titre de Substitution pupillaire, ne perdait » point par son convol le bénéfice de cette » Substitution, quoique les biens vinssent de » son premier mari ».

Si cet arrêt était exactement rapporté, il fournirait un argument *à fortiori* bien puissant contre l'extension que Ricard veut faire de la réserve aux biens provenant du fils; mais en même temps il combattrait l'opinion de cet auteur par rapport aux biens venans du père, et en cela il jugerait mal.

Tout ce que nous pouvons dire, après avoir bien examiné les détails dans lesquels entre à ce sujet Brillon, c'est qu'il a été rendu dans des circonstances trop particulières, pour qu'on puisse raisonnablement croire qu'il ait rien prononcé sur notre objet. D'abord on soutenait, de la part de la mère, que la réserve était éteinte par le prédécès de tous ses enfans, et de là on concluait que les héritiers collatéraux de ceux-ci n'étaient pas recevables à agiter la question. On ajoutait qu'en tout cas, ils avaient agi trop tard, et que la prescription était acquise plus de treize ans avant l'introduction de leur demande. Assurément un seul de ces moyens était suffisant pour écarter les héritiers des enfans : et qui nous répondra qu'ils n'ont pas seuls fixé l'attention des juges? L'arrêt qui est intervenu dans cette affaire, ne peut donc être tiré à conséquence, ni ébranler la distinction qui nous paraît devoir être faite, sur ce point, entre les biens provenant du père et ceux que le fils a acquis d'ailleurs.

La même distinction doit s'appliquer à la question de savoir si la Substitution pupillaire que fait un mari au profit de sa seconde femme, est sujette au retranchement prescrit par la loi *hâc edictali* et le premier chef de l'édit des secondes nôces.

La négative nous paraît incontestable pour les biens qui sont échus au fils par une autre voie que la succession paternelle; mais aussi nous ne trouvons aucun doute sur l'affirmative pour les biens provenant du père. Cette distinction est même consignée, en termes exprès, dans la loi 6, D. *de vulgari*. On y demande quel doit être l'effet d'une Substitution pupillaire faite par un père au profit d'une personne qui ne peut recevoir de lui que des libéralités très-bornées: et la loi répond que cette Substitution doit avoir tout son effet sur les biens particuliers du pupille; mais qu'à l'égard de ceux venus du père, elle doit être resserrée dans les mêmes limites que si le substitué succédait directement au père même.

Il y a cependant quelques auteurs qui exemptent du retranchement les biens même que le fils a hérités de son père; et Maynard, liv. 4, chap. 81, assure qu'il en a été ainsi jugé par un ancien arrêt du parlement de Toulouse. Mais les jurisconsultes les plus éclairés se sont réunis contre cette doctrine; et d'Olive, liv. 3, chap. 4, nous apprend qu'elle a été proscrite par un arrêt du parlement de Toulouse, qu'il ne date pas, mais qui a été confirmé sur instance de requête civile, par un autre du 20 février 1631.

Ces deux arrêts ont encore jugé que la femme ne peut pas, pour s'affranchir du retranchement, répudier la Substitution pupillaire, et prendre l'hérédité de son fils *ab intestat*. La même chose a été décidée par un autre arrêt de la même cour, du 26 avril 1652, rapporté par Catellan (1). Voici les raisons qu'en donne d'Olive :

(1) Loi *fœminæ*, §. dernier, C. *de secundis nuptiis*; auth. *ex testamento*, C. *eod tit.* V. l'article *Noces* (*secondes*).

(1) Cet arrêt n'est pas précisément dans l'espèce d'une Substitution pupillaire; mais les principes d'après lesquels il a été rendu, y reçoivent une application directe et entière. Voici comment en parle Catellan :

« Par arrêt du 26 avril 1652, rendu en la première chambre des enquêtes, au rapport de M. Rabandy, il fut jugé qu'une femme ayant, des filles du premier lit et un fils du second, et ayant, par son testament, fait des legs aux filles du premier lit, et institué héritier son fils du second mariage, et au cas qu'il décéderait en pupillarité, ayant augmenté les

« L'hérédité ayant été une fois appréhendée par le fils en vertu du testament, il ne doit pas être permis à la mère de prendre la voie *ab intestat*, pour frauder la loi et éluder la peine que le testateur a encourue en sa disposition. Que, si le Préteur refuse l'usage de cette liberté aux héritiers en faveur des légataires, qui le plus souvent sont des personnes étrangères, dont la condition n'est pas fort favorable, il y a moins sujet d'accorder cette faculté à une marâtre au préjudice des enfans du premier lit, que nous devons traiter autant favorablement qu'il se peut. C'est ce que le grand Papinien a expressément décidé contre la mère. *Mater* (dit-il, *in l.* 27, §. D. *si quis omissâ causâ testamenti*) *secundis tabulis impuberi filio substituta, locum edicto facit, si, omisso testamento, legitimam hereditatem filii possideat.*

» Aussi voyons-nous que nos docteurs, portés du même esprit, tâchent de fermer la porte à ces évasions subtiles, et ne souffrent point qu'on se serve de ces remèdes pour garantir du retranchement une disposition qui s'y trouve sujette. Car lorsque le mari, par son testament, a fait héritier un fils du second lit, et laisse à sa femme un légat si ample, qu'il excède les bornes prescrites par la loi; en ce cas, les interprètes estiment que c'est en vain que la femme renonce à ce légat. Sa répudiation ne peut profiter à son fils; et quoique régulièrement les légats omis et répudiés soient tenus pour non écrits, et qu'ils demeurent dans l'héritage, néanmoins ce legs, nonobstant la répudiation faite par le légataire, subsiste au même état que s'il eût été accepté, non pas pour céder au profit du légataire, mais pour être retranché à l'avantage des enfans du premier lit; ce que nos docteurs soutiennent avoir lieu, encore que la répudiation du légat aurait été faite innocemment et sans fraude.

» Sur le fondement de ces maximes furent donnés ces deux arrêts ».

XV. Rien de ce que nous venons de dire, ne peut être appliqué aux pays coutumiers: la Substitution pupillaire n'y est d'aucun usage. Témoins Ricard, *Traité des Substitutions*; part. 1, n° 90; Bouhier, chap. 75, n° 2; Gudelin, *de jure novissimo*, liv. 2, chap. 5; Vinnius, *ad Inst.*, titre *de pupillari Substitutione*; Regnerus, *Censura belgica*, sur la loi 2, D. *de vulgari*.

Si cependant un père faisait, en pays coutumier, une disposition de ce genre, elle ne serait pas entièrement nulle : on la convertirait, selon ce qui est dit plus haut, en Substitution fidéicommissaire, et on la ferait valoir comme telle sur les biens qui seraient venus du père au fils. C'est ce qu'enseignent Voët, *ad Pandectas*, liv. 28, tit. 6, n° 26; Matthæus, *de auctionibus*, liv. 1, chap. 11, n° 32; et Groenewegen, *ad Inst.*, titre *de pupillari Substitutione*.

Par la même raison, dit l'auteur du *Droit commun de la France*, « quoique la Substitution pupillaire n'ait pas lieu en pays » coutumier, néanmoins la disposition testamentaire du père ayant enfant, pour ne » valider qu'en cas que l'enfant meure en » minorité, est valable. En effet, c'est de son » bien dont il dispose dans ce cas, et non » de celui de son fils, à qui il ne nuit pas par » une telle disposition, puisqu'elle ne doit » valider qu'en cas que ce fils meure avant » qu'il ait acquis la faculté de disposer. Je l'ai » entendu juger ainsi au parc civil ».

Bourjon ajoute que le parlement de Paris a rendu, sur le même principe, deux arrêts qu'on trouve au *Journal du Palais*, l'un du 12 mars, l'autre du 13 juillet 1680.

Dans l'espèce du premier, il s'agissait d'une donation mutuelle qu'un mari et une femme s'étaient faite par leur contrat de mariage, de tous leurs biens meubles et immeubles, venus et à venir, au cas qu'ils n'eussent point d'enfant; « lequel don (portait l'acte) aura » lieu quoiqu'il y ait eu plusieurs enfans » survivant le prédécédé des conjoints, en cas » que lesdits enfans viennent à décéder avant » l'âge de vingt-cinq ans, sans délaisser » enfans ».

Le second arrêt avait pour objet une donation entre-vifs faite par une femme au frère

---

legs de ses filles et ordonné que son hérédité vînt à son second mari, il a été, dis-je, jugé que cette femme, par sa disposition, avait choqué la loi *hâc edictali*, et que cette Substitution (qui ne pouvait valoir que *jure fideicommissi*, la mère ne pouvant pas substituer pupillairement à son fils) était sujette au retranchement; et que le second mari ne pouvait pas répudier ce fidéicommis, et prendre les biens de la testatrice comme héritier *ab intestat* de son fils.

» Sans cette Substitution, si l'institution du fils eût été pure et simple, ce fils ayant recueilli la succession de sa mère, le père lui aurait succédé naturellement: *mais* cette mère ayant porté sa pensée plus loin, et ayant voulu gratifier son second mari de son hérédité après la mort de son fils, au préjudice de ses autres enfans du premier lit, ce dessein injuste, partant d'une affection en quelque sens déréglée, et que la loi condamne, mérite d'être puni par le retranchement, et, par l'événement, se trouve être en effet une libéralité excessive ».

de son mari, d'une somme de 66,000 livres en contrats, « à la charge qu'en cas que la » donatrice eût enfans qui la survécussent, » la donation serait nulle, pourvu que lesdits » enfans vinssent jusqu'à l'âge de vingt ans, » et qu'en cas que lesdits enfans survivant la » donatrice, viendraient à décéder avant cet » âge, la donation sortirait son effet ».

Dans l'une et l'autre espèce, un enfant avait survécu, mais était mort avant l'âge marqué dans la condition; et ses héritiers ont été déboutés de leurs prétentions sur les biens ainsi donnés, par la raison que ces sortes de conditions ne sont contraires ni aux bonnes mœurs ni à l'équité, qu'elles ne nuisent point aux enfans, et que leurs collatéraux n'ont pas le droit de s'en plaindre.

Il vient d'être rendu au parlement de Flandre un arrêt à peu près semblable.

Par testament du 28 février 1776, le sieur Corbie de Neuvireuille, domicilié à Lille, avait institué son fils unique héritier universel; et prévoyant le cas du décès de cet enfant, qui était à peine parvenu à sa cinquième année, il s'était expliqué en ces termes : « Veut que, » s'il vient à mourir en bas âge, ou sans avoir » disposé des biens qu'il lui délaisse (dans les » coutumes d'Artois et de la châtellenie de » Lille), ils appartiennent à ses neveux et » nièces, ou à leurs enfans par représentation, » pour les partager entre eux également et » sans différence de sexe ni d'âge; voulant » qu'en cas de non disposition ou de mort » de son fils en bas âge, sesdits neveux et » nièces, ou leurs enfans venant à leur place, » soient substitués et ne puissent vendre les- » dits biens jusqu'à la troisième génération ».

Le cas prévu par cette disposition, est arrivé : le 6 août 1782, le jeune de Neuvireuille a été précipité par un coup de vent dans une rivière où il s'est noyé.

Dès-lors, procès entre le sieur Duchâtel, seul neveu du testateur, et par conséquent appelé seul par la loi aux biens féodaux d'une part, et les demoiselles Duchâtel, ses nièces, de l'autre.

Le premier soutenait que la disposition dont on vient de transcrire les termes, ne pouvait avoir aucun effet. Voici ses raisons :

« Il est évident que le testateur n'a fait qu'une Substitution purement pupillaire, proscrite dans nos mœurs.

» En vain dit-on, pour cacher la nullité de sa disposition, qu'elle ne renferme point une Substitution pupillaire, mais un *règlement ab intestat*, consacré par les mœurs et par les usages des Pays-Bas.

» Qu'est-ce qu'un règlement *ab intestat*? » C'est, suivant le Répertoire de Jurisprudence, *une manière de disposer, soit directement, soit par forme de Substitution, qui ne donne à celui en faveur duquel la disposition est faite, qu'un droit subordonné à la volonté de la personne après qui il est appelé.* Or, reconnaît-on à ces caractères, le prétendu règlement *ab intestat* du sieur de Neuvireuille? Ne donne-t-il à ses neveux et à ses nièces qu'un droit subordonné à la volonté de son fils? Pourra-t-il étendre, restreindre ou modifier à son gré la Substitution faite par son père? Comment le pourrait-il? Il n'est substitué qu'autant qu'il mourra en bas âge *et* (1) sans avoir disposé, et par conséquent jusqu'à l'âge de puberté; dès qu'il aura vouloir et pouvoir pour agir, la Substitution cessera; *à l'âge* de puberté, elle sera éteinte; c'est parcequ'il est sans volonté, que le père dispose pour son fils, en même temps qu'il dispose pour lui-même; parceque c'est le fils qui, par l'organe du père, se substitue ses cousins germains, s'il ne parvient pas à l'âge de puberté.

» Pour se convaincre de l'extrême différence qu'il y a entre le *réglement ab intestat* et la Substitution pupillaire, il n'y a qu'à rapprocher de la définition de l'un, celle que le même ouvrage nous donne de l'autre : *On appelle Substitution pupillaire* (y est-il dit), *la disposition par laquelle un père fait le testament de son fils impubère, et lui nomme des héritiers, en cas qu'il vienne à mourir avant d'avoir atteint l'âge de quatorze ans, si c'est un garçon, et de douze, si c'est une fille. Le droit de disposer de la sorte est une exception à la règle qui restreint à nos propres biens la liberté que les lois civiles nous ont accordée de tester.*

» Il serait trop long de nous livrer à toutes les discussions relatives à cette sorte de Substitution; bornons-nous à faire voir que celle dont il s'agit, est purement pupillaire.

» Un père (dit Justinien dans ses Institutes, liv. 2, tit. 16) peut substituer à ses enfans impubères qu'il a dans sa puissance, en ordonnant qu'en cas qu'ils ne soient pas ses héritiers, un autre le soit; il peut encore leur substituer, quoiqu'ils soient ses héritiers, au cas qu'ils meurent impubères, comme s'il dit : *Que Titius mon fils soit mon héritier; et s'il ne l'est pas, ou s'il l'est et qu'il décède avant qu'il cesse d'être en tutelle, c'est-à-dire, avant*

(1) L'acte ne portait pas *et*, mais *ou*, ce qui formait un sens différent.

qu'il soit parvenu à la puberté, en ce cas, que Seïus soit mon héritier : dans cette espèce, ajoute l'empereur, *si le fils n'est point héritier, le substitué recueillera l'hérédité du père; mais si le fils est héritier de son père, et qu'il décède avant la puberté, le substitué est héritier du fils; car il s'est introduit par l'usage, qu'on puisse tester pour ses enfans, quand leur âge ne leur permet pas de faire eux-mêmes leur testament.*

» Il faut observer, dit aussi Ricard, *Traité des Substitutions*, chap. 11, part. 1, n° 68, que, pour rendre la Substitution pupillaire expresse, il n'est pas toujours nécessaire qu'elle soit exprimée par les mots de *pupillarité* ou de *puberté*, et que, pourvu que les termes dont s'est servi le testateur, soient équipollens à ceux-ci, ils produisent les mêmes effets : si donc il a dit : *Je substitue Pierre à mon fils, en cas qu'il vienne à décéder avant qu'il ait l'âge pour disposer de ses biens*, comme cet âge n'est autre que celui de la puberté, cette Substitution sera appelée *pupillaire expresse*. C'est ce qui a été jugé, continue-t-il, à une audience solennelle du parlement de Toulouse, le 11 juillet 1577, par un arrêt rapporté par Larocheflavin, liv. 3, tit. 5, au mot *Substitution*, n° 15.

» Rapprochons la disposition du testament du sieur de Neuvireuille, de ces deux formules : il institue son fils héritier universel, et *si ce dernier mourait en bas âge et sans avoir disposé des biens qu'il lui délaisse, il veut qu'ils appartiennent à ses neveux et nièces.* Cette Substitution est donc évidemment pupillaire, quoique le père, comme dans la formule de Justinien, n'y parle que de son hérédité et de ses biens, sans faire mention de ceux de son fils.

» Quel est d'ailleurs le signe certain, le caractère indélébile, d'une Substitution pupillaire? C'est lorsque la condition qui doit donner ouverture à cette Substitution, se déduit de l'événement de la mort de l'institué, arrivée avant l'âge de puberté, et que le testateur a exprimé cette condition; car on est alors forcé de croire qu'il a fait l'espèce de Substitution qu'accompagne toujours cette condition : *Ubi enim conditio Substitutionis deducitur ex morte antè pubertatem contingente, facile est credere eum fecisse eam Substitutionem cujus propria est ejusmodi conditio.* Si le testateur a fait mention de l'âge pupillaire, c'est la même présomption et la même conséquence : *In eo casu fit mentio ejus ætatis, quæ est propria ætas pupillaris Substitutionis; et proindè facile est existimare eam Substitutionem factam fuisse, quæ est propria hujus ætatis.* Ce sont les termes de Merenda, *controversiæ juris*, liv. 24, chap. 47, n° 18.

» L'effet naturel de cette Substitution pupillaire, où le père ne paraît disposer que de ses biens seuls, c'est de comprendre les biens de son fils, s'il en avait, ou s'il lui en survenait dans la suite, comme un accessoire des siens.

» Reprenons les Institutes de Justinien à l'endroit cité, §. 2 : dans une Substitution pupillaire, dit-il, faite selon la formule ci-dessus tracée, *In pupillari Substitutione secundùm præfatum modum ordinatâ*, il y a en quelque façon deux testamens, celui du père et celui du fils, comme si le fils lui-même s'était institué son héritier, *Tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset;* ou du moins c'est un testament de deux causes, c'est-à-dire, de deux hérédités : *Id est duarum hereditatum.*

» Cet effet n'est pas difficile à comprendre, si l'on fait attention que le père ne se borne pas ici à disposer de ses biens, mais qu'il choisit encore un héritier à son fils et qu'il lui défère tous les biens que ce fils délaissera. C'est aussi ce que le sieur de Neuvireuille n'ignorait pas : il fallait bien que la disposition qu'il faisait de ses biens, contînt et sa volonté et celle de son fils, puisqu'il réfère à la mort de son fils toutes les privations dont les coutumes ne lui permettaient de punir que ses propres héritiers, et non ceux de son fils.....

» Résumons en peu de mots les effets de cette Substitution. Le pouvoir qu'a le père de substituer pupillairement, est borné à la puberté du fils. Dès qu'il est parvenu à l'âge de disposer par lui-même, la disposition du père cesse et s'anéantit : il n'a pu interdire à son fils la faculté de tester par lui-même (1).

» Cette Substitution pupillaire ne peut pas valoir à titre de fidéicommis, par le défaut de volonté du testateur : *quia in pagano verba directa non recipiunt interpretationem fideicommissi* (parceque dans tout autre testament que celui d'un soldat, les expressions directes ne peuvent être interprétées et fléchies en fidéicommissaires). Or, celui qui a substitué en termes directs et impératifs, a seulement voulu donner un héritier à son fils impubère, et n'a pas eu intention de le charger de fidéicommis.

» La Substitution pupillaire n'a lieu qu'à l'égard de l'impubère en la puissance du père; il ne peut donc substituer l'héritier qu'il

(1) *Nemo potest alteri facere testamentum, ut si jure patriæ potestatis, et prætereà nisi filio impuberi, aut potest pupillariter substitui, sed ità ut pubertate ipso jure expiret pupillaris Substitutio.*

donne à son fils, puisque cet héritier n'est point en sa puissance; il peut encore moins substituer les héritiers de celui qu'il a désigné pour succéder à son fils.

» Or, le sieur de Neuvireuille ne s'est pas borné à choisir pour son fils des héritiers, au cas qu'il vînt à mourir avant sa puberté; il a substitué ses héritiers jusqu'à quatre degrés en ligne directe, ce qu'il n'aurait pu faire tout au plus que par une Substitution indirecte et fidéicommissaire, et non par la pupillaire directe.

» Ainsi, toutes les Substitutions du testament du sieur de Neuvireuille, postérieures à celles faites à son fils, seraient absolument nulles et sans effet, d'après les principes du droit romain. La Substitution pupillaire est autorisée par ce droit, comme une suite de la puissance qu'il accorde aux pères sur leurs enfans; mais elle est proscrite par notre droit coutumier, qui n'accorde pas aux pères la même autorité que les lois romaines ».

Tels étaient les moyens du sieur Duchâtel. Voici ce que lui répondaient ses sœurs :

« En général, rien de plus certain qu'un testateur peut disposer de ses biens aux charges et conditions qu'il trouve convenir. Telle est la maxime fondamentale du droit romain : *uti quisque legassit, ita jus esto.* La coutume de Lille, qui régissait la personne des sieurs de Neuvireuille père et fils, l'a adoptée en déclarant, chap. 12, art. 1er, que toute personne de franche condition peut disposer par testament *et y apposer telles conditions que lui plait.* Enfin la coutume de la châtellenie de Lille, tit. 9, art. 3, ajoute par forme d'explication : *tiennent et valent telles dispositions et conditions, sans y pouvoir par leurs hoirs valablement contrevenir.*

» D'un autre côté, il n'est pas moins incontestable qu'un testateur, qui peut disposer de ses biens, peut aussi les fidéicommisser, soit absolument, soit conditionnellement; et qu'une seconde institution pour certains cas prévus, est vraiment une Substitution. Les principes du droit romain et l'ordonnance de 1747 sont d'accord sur ce point.

» Enfin dans nos provinces, nous avons toujours admis les réglemens *ab intestat*, faits pour disposer des biens recueillis et délaissés par notre héritier institué. Le second arrêt du recueil de M. le procureur général de Baralle, suppose cette vérité comme reconnue; mais, depuis, elle a été confirmée par des arrêts plus solennels encore (1). Ainsi, de quelque manière qu'on veuille considérer le testament du sieur de Neuvireuille père, la disposition qu'il y fait de ses biens, pour le cas où son fils mourrait en bas âge, ou sans avoir disposé, lui était permise, et elle doit être respectée et exécutée.

» C'est une charge et une condition qu'il impose à l'institution, et dont il frappe les biens qu'il délaissera; c'est, si l'on veut, une Substitution; car il est sensible que le testament renferme deux institutions : la première, absolue, en faveur de son fils; la seconde, éventuelle et conditionnelle, au profit de ses neveux et nièces. L'esprit et l'effet de son testament est le même que s'il avait dit : *J'institue mon fils, et en cas de mort en bas âge, je lui substitue mes neveux et nièces;* enfin, quand ce ne serait qu'un simple réglement *ab intestat* pour la succession des biens qui devaient passer de lui à son fils, ces réglemens, encore une fois, sont admis dans nos mœurs, consacrés par la jurisprudence; et ce n'est pas à des héritiers qui n'ont de qualité qu'après coup, que peut appartenir le droit de les critiquer ou de s'y soustraire.

» En cela, le père ne faisait point le testament de son fils; il ne réglait le sort et la succession que de ses propres biens, des biens dont il se croyait et dont en effet il était le maître de disposer.

» Ne nous embrouillons point dans la question de savoir si la Substitution pupillaire a lieu dans nos mœurs. *Le testament du père, qui fait une Substitution pupillaire* (dit Domat, liv. 5, chap. 2, sect. 1, n° 5), *dispose de deux différentes successions, et contient comme deux testamens, celui du père qui y dispose de tous ses biens, et celui de l'enfant; car la Substitution pupillaire faisant passer aux substitués et les biens que l'enfant a eus de son père et ceux qu'il a d'ailleurs, elle a le même effet qu'aurait une institution que cet enfant aurait faite en faveur de ce substitué, s'il avait pu tester.* Le testament dont il s'agit, est tout différent : il se borne aux biens du testateur, et par conséquent ne contient point une Substitution pupillaire. Il est inutile d'approfondir ici la question de savoir si la Substitution fidéicommissaire ordonnée par le testament, doit et peut avoir ses trois degrés, à compter des neveux et des nièces institués pour le cas prévu. Il ne s'agit point de la validité ni de l'étendue de ce fidéicommis. Il aurait été ordonné mal à propos, ou même contre les principes reçus en cette matière, que la vocation des neveux et des nièces n'en pourrait souffrir d'atteinte. La disposition faite en leur faveur serait toujours in-

(1) Ils sont rapportés sous les mots *Réglement* ab intestat.

contestable, quoique la suite qu'a voulu lui donner le testateur, pût occasioner des doutes et des difficultés ».

Ces raisons ont prévalu : par arrêt du 27 janvier 1784, rendu à la seconde chambre, au rapport de M. Plaisant du Château, le testament et toutes les dispositions qu'il contenait, ont été jugés valables.

[[XVI. La Substitution pupillaire a été abrogée, dans les pays de droit écrit, par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2 ; et le Code civil ne l'a pas rétablie.

Du reste, la Substitution fidéicommissaire étant aujourd'hui prohibée, sauf quelques exceptions, on sent bien qu'une Substitution nulle comme pupillaire, ne pourrait plus valoir comme fidéicommissaire.]]

Voyez au surplus ce qu'on dira ci-après des Substitutions compendieuses et réciproques.

§. III. *De la Substitution exemplaire.*

I. La Substitution exemplaire est ainsi appelée, parce qu'elle a été introduite à l'exemple de la pupillaire. C'est une disposition par laquelle un père ou une mère substitue à ses enfans pubères qui ont le malheur d'être furieux, insensés, ou imbécilles, pour le cas où ils seront héritiers et décéderont sans avoir recouvré la raison.

Cette Substitution n'était pas inconnue dans l'ancien droit ; elle s'y pratiquait de temps en temps ; mais, comme nous l'apprend la loi 43, D. *de vulgari*, il fallait chaque fois en obtenir la permission du prince. L'empereur Justinien l'a rendue générale, et en a fait un droit commun par la loi 9, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*.

II. Il n'est fait mention dans cette loi que des enfans pubères ; mais ne peut-on pas en étendre la disposition aux impubères attaqués de fureur ou de démence ?

Non, répondent Grassus, §. *Substitutio*, quest. 41, Gomez, dans ses *variæ resolutiones*, tome 1, chap. 6, nº 8, Voët, *ad Pandectas*, liv. 28, tit. 6, nº 28. Car, de deux choses l'une : ou le pupille qui est, soit furieux, soit insensé, soit imbécille, est sous la puissance du père, ou il est émancipé. Au premier cas, il ne tient qu'à son père de lui substituer pupillairement ; et, par cette raison, il ne peut pas être question à son égard de Substitution exemplaire. Il ne faut, disent les jurisconsultes, recourir aux voies extraordinaires, qu'à défaut des voies ordinaires. Au second cas, quel prétexte pourrait autoriser le père ou la mère à substituer exemplairement au pupille furieux, imbécille ou insensé ? S'il jouissait de sa raison, il est bien certain, d'après la loi 4, §. 2, et la loi 45, D. *de vulgari*, que ni l'un ni l'autre ne pourrait lui nommer un héritier, et que lui-même n'en aurait pas non plus le pouvoir ; il faudrait donc, par cela seul qu'il est insensé, lui accorder le privilége de ne point mourir *intestat* ; mais ce serait une absurdité manifeste.

III. La loi de Justinien ne parle pas non plus des interdits pour cause de prodigalité ; mais comme ils sont, relativement à l'incapacité de tester, sur la même ligne que les furieux, les insensés et les imbécilles, les auteurs les plus accrédités, notamment Grassus, *de successionibus*, §. *Substitutio*, quest. 54, nº 4, Gomez, à l'endroit cité, nº 4, Voët, nº 27, et Doneau, sur la loi 9, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, nº 5, pensent qu'on doit leur en appliquer les dispositions ; et cela souffre d'autant moins de difficulté, qu'il y a dans le Digeste une foule de décisions qui adaptent aux prodigues, des lois faites uniquement pour les furieux (1), sur le principe que *prodigus furiosum rerum suarum facit exitum*.

IV. Puisque la mère peut, aussi bien que le père, substituer exemplairement, on devine bien qu'il est inutile, pour donner lieu à une disposition de ce genre, que les enfans attaqués de fureur et de démence, soient encore dans les liens de la puissance paternelle. Mais ne faut-il pas qu'ils soient légitimes ?

Cette condition est sans doute essentielle de la part du père ; mais elle ne l'est pas relativement à la mère, au moins dans le droit romain ; car, suivant les principes de ce droit, maintenu par le parlement de Dauphiné, les bâtards ont, à l'égard de leur mère, les mêmes droits que les enfans légitimes : comme eux, ils lui succèdent *ab intestat* (2) ; comme eux, ils peuvent attaquer son testament du chef d'inofficiosité (3) ; comme eux, par conséquent, ils peuvent recevoir de sa main, et par la voie de la Substitution exemplaire, un héritier que l'égarement de leur raison les empêche de se choisir eux-mêmes.

V. Pour qu'une Substitution exemplaire soit valable, il faut d'abord que le père ou la

(1) Loi 15, D. *de curatoribus furioso* ; loi 19, §. dernier ; loi 20e et loi 21 D. *de rebus auctoritatis judicis possidendis*.

(2) Loi pén., C. *ad senatus-consult. Orphit.*

(3) Loi 29, §. 1, D. *de inofficioso testamento*.

mère se fasse à soi-même un testament auquel il ne manque aucune des formalités légales (1).

Il faut, en second lieu, qu'il laisse au moins une portion légitimaire à l'enfant qu'il charge de cette Substitution. C'est ce que prescrit la loi 9, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, aux mots *legitimâ portione relictâ* (2).

Il faut ensuite que le père ou la mère appelle à la Substitution les enfans du furieux ou insensé, s'il en a, et à leur défaut, ses frères. Mais s'il n'y a ni enfans ni frères, le choix est entièrement libre. La loi qu'on vient de citer, est très-expresse sur chacun de ces points.

Cette loi garde le silence sur le père et la mère; et de là sans doute il faut conclure qu'elle leur permet de s'omettre l'un l'autre dans les Substitutions exemplaires qu'ils font; jurisprudence rigoureuse, mais qui cesse de surprendre, lorsqu'on fait attention que la Substitution exemplaire a été formée sur le modèle de la pupillaire, dans laquelle on a vu ci-devant, §. 2, qu'il est permis au père de ne point appeler la mère de son fils. Aussi l'empereur Justinien dit-il, dans la loi que nous examinons : *ut occasione hujusmodi Substitutionis, ad exemplum pupillaris querela nulla contrà testamentum eorum oriatur.*

VI. Revenons aux enfans et aux frères. La loi dit que la Substitution exemplaire doit appeler un, certains ou tous les enfans, ou un, certains ou tous les frères du malade, *unum, certos vel omnes.* Que signifient ces termes ?

Au premier coup d'œil, ils semblent annoncer que le père et la mère peuvent choisir qui ils veulent entre plusieurs enfans ou frères, pour le substituer, à l'exclusion des autres; mais, entendus de la sorte, ils présentent une absurdité qui certainement n'a pu échapper à l'empereur Justinien : c'est qu'il serait libre à un père ou à une mère de ne pas même laisser de légitime aux enfans du malade, qui sont leurs petits-enfans. Il faut donc interpréter ces termes autrement, et c'est ce que fait Voët sur le Digeste, liv. 28, tit 6, nº 31. Voici comment il s'explique (nous ne faisons que traduire) : « Les » mots *vel unum, vel certos, vel omnes*, employés tant pour les enfans que pour les » frères, ne doivent pas être entendus de la » Substitution même ni des personnes qu'elle » doit comprendre, mais bien de la formule » qu'on peut employer pour substituer. L'em» pereur a donc voulu dire que le testateur » doit substituer *un* enfant ou *un seul* frère, » lorsqu'il n'y en a effectivement qu'un; et » que, dans le cas où il en existe plusieurs, » il doit les substituer tous, soit en les dé» signant chacun par son nom, et en assig» nant à chacun sa portion plus ou moins » grande, *certos*, soit en les appelant par » une dénomination collective, *omnes.* »

On peut voir dans Voët même, le détail des raisons sur lesquelles il appuie cette interprétation. Nous dirons seulement qu'elle a été rejetée, relativement aux frères, par deux arrêts des parlemens de Paris et de Grenoble.

Le premier, prononcé en robes rouges, à noël 1612, et rapporté par Montholon, §. 121, a jugé qu'une Substitution exemplaire, faite par un père au profit des frères consanguins, et à l'exclusion des frères germains de son fils malade, devait être exécutée.

Le second, rendu à la chambre de l'édit de Grenoble, le 23 mars 1640, et rapporté par Despeisses, tome 2, page 110, nº 9, a déclaré valable une disposition de la même espèce, qu'une mère avait faite en faveur d'un seul des frères utérins du malade.

Ces arrêts ont eu pour motifs que, si le malade jouissait de sa raison, il pourrait préférer un de ses frères à tous les autres; et que le testateur ne fait, en lui substituant exemplairement, que s'acquitter d'un simple ministère, exercer un pouvoir qui réside dans la personne du malade même, faire en un mot ce que le malade ferait ou serait libre de faire, s'il était en bon sens.

Mais cette raison ne prouve-t-elle pas trop ? Si le malade n'était pas attaqué de fureur ou de démence, il pourrait, en testant lui-même, ne rien laisser à ses frères; et pourvu qu'il ne leur préférât point des personnes infâmes, ils n'auraient rien à dire. Conclura-t-on de là que le père ou la mère peut user de la même faculté, en lui substituant exemplairement ? Non, sans contredit : la loi 9, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, démentirait hautement cette conséquence, puisqu'elle assujétit le substituant à appeler les frères à défaut d'enfans.

(1) Arg., §. 5, Ins. *de pupill. Subst.*; Voët, *loc. cit.*, nº 29.

(2) Sur l'interprétation de ces mots, *V.* Voët, à l'endroit cité; Doneau, sur la loi 9, C. *de impub. et aliis Substit.*, nº 7, et dans ses *Commentaria juris civilis*, liv. 6, chap. 27; Grassus, §. *Substitutio*, quest. 40; Paul Voët, sur les Institutes, titre *de pupillari Substitutione*, §. 1, nº 2.

On conçoit facilement pourquoi l'empereur Justinien n'a pas laissé sur cette matière autant de liberté au substituant, que le malade en aurait lui-même, s'il était en bon sens. Quel est le motif qui l'a dirigé en établissant la Substitution exemplaire? Il a lui-même pris soin de nous l'apprendre, c'est l'humanité, *humanitatis intuitu.* Or, l'humanité fait au testateur qui n'a point d'enfans, une espèce de devoir naturel de laisser à ses frères, soit la totalité, soit une partie de sa succession. Le substituant doit donc se mettre à la place du malade, suivre les impressions auxquelles celui-ci se livrerait s'il en était le maître, disposer comme il est vraisemblable qu'il le ferait lui-même, et par conséquent ne pas exclure ses frères, à moins qu'il n'aient mérité l'exhérédation.

Loin d'ici donc l'argument qu'on prétend tirer du pouvoir qu'aurait le malade d'appeler un seul de ses frères, à l'exclusion de tous les autres. Cet argument, comme on le voit, ne prouve rien, parcequ'il prouve trop; et puisque la loi 9, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, se sert, pour les frères, du même tour de phrase que pour les enfans, il faut décider que le Substituant n'a pas plus droit d'exclure totalement un des premiers qu'un des seconds.

Et c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Provence, du 3 mars 1640, dans une espèce qui cependant était très-favorable, puisqu'il s'agissait d'une Substitution exemplaire, faite par contrat de mariage (1).

Il y a dans le recueil de La Peyrère, lettre S, n° 217, édition de 1706, et n° 186, édition de 1725, un arrêt du parlement de Bordeaux, du mois de juillet 1688, qui prononce quelque chose de semblable, mais pour une coutume dont les dispositions particulières empêchaient d'en décider autrement. Voici les termes dans lesquels il est rapporté :

« Jeanne Lamotte fait son testament dans la coutume de Bordeaux, par lequel elle donne pouvoir à Jean Demay, son mari, d'avantager d'une tierce partie de ses biens tel de leurs enfans qu'il voudra; en conséquence, il nomme son fils dans cette tierce; ensuite une de ses filles étant devenue imbécille, il substitue exemplairement à cette fille son fils, sans rien donner à Jeanne Demay, son autre fille.

» Elle se plaint de ce testament, non pas qu'elle attaque la Substitution exemplaire, qu'elle avoue valoir pour la tierce des biens de sa sœur imbécille, mais qu'elle doit avoir sa portion dans les deux tierces, soit parceque la Substitution exemplaire, qui est faite à l'exemple de la Substitution pupillaire, est comme le testament que le père fait à son fils malade et imbécille, par la raison de la loi *humanitatis*, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, et de la loi *patris et filii*, D. *de vulgari et pupillari Substitutione*; de sorte que le père qui fait cette Substitution, n'a pas plus de pouvoir que la fille en aurait elle-même, si elle avait été capable de disposer de ses biens. Or, par la coutume de Bordeaux, titre *des testamens*, §. 7, il est certain que personne ne peut déshériter son plus proche parent en degré de lignager, des biens immeubles qui lui sont venus par succession; mais il faut qu'il lui laisse nécessairement les deux tierces desdits biens immeubles, et ne vaut aucun testament ou codicille au contraire. Et le §. 8, ajoute que du tiers de l'héritage chacun peut disposer à son plaisir; mais que des deux tierces parties chacun des plus proches en doit avoir quelque chose : d'où il tire cette conséquence, que, si un des plus proches parens a été prétérit, le testament est nul, non pas, à la vérité, *in totum, sed in tantum*, c'est-à-dire, pour la portion virile des biens immeubles patrimoniaux qui lui est déférée par la coutume de Bordeaux, suivant les arrêts rapportés par Automne sur le §. 7 du titre *des testamens*. Une seconde raison se prend de la loi *humanitatis*, C. *de impuberum aliis Substitutionibus*, où il est dit que, quand un père substitue exemplairement à un fils ou à une fille imbécille, il est obligé de lui substituer un de ses enfans, s'il en a; et comme le testament ou la Substitution faite à une personne imbécille, serait nulle par la prétérition d'un de ses enfans, aussi dans la coutume de Bordeaux, le testament ou la Substitution faite à cette fille imbécille est nul, du moins *in tantum*, par la prétérition d'un de ses plus proches parens habiles à succéder; puisque, par la coutume de Bordeaux, la prétérition d'un des plus proches opère à peu près le même effet à l'égard du testament du parent, que la prétérition des enfans à l'égard du testament de leur père.

» Le frère opposait que la Substitution exemplaire était une Substitution directe, suivant la loi *ex tribus*, 26, C. *de inofficioso testamento*; que, par ce moyen, le substitué exemplairement succède directement au père qui a fait la Substitution : mais c'est une erreur; car il faut faire différence entre la Substitution vulgaire et la pupillaire : dans la vulgaire, le substitué succède directement

(1) Duperrier, tome 2, page 478, édition de 1721.

au testateur; au lieu que, dans la pupillaire, il succède au pupille, suivant le §. 1, *de pupill. Subst.*, aux Institutes.

» Par arrêt donné au mois de juillet 1688, au rapport de M. de La Chabane, la cour adjugea à Jean Demay, la moitié dans les deux tierces des propres dans la succession d'Estevine Demay, morte imbécille ».

VII. L'arrêt du parlement de Paris, de noël 1612, dont on vient de parler, paraîtra sans doute plus exact dans deux autres points qu'il a également décidés : le premier, que le père n'est pas privé par de secondes noces, du droit de substituer exemplairement à ses enfans du premier lit; le second, qu'il peut aussi bien comprendre dans cette Substitution, les héritages maternels, que les fonds venus de son propre côté.

Cette dernière décision n'est susceptible d'aucune difficulté dans le cas où il n'y a qu'un seul du père ou de la mère qui substitue exemplairement; mais s'ils disposent tous deux de la sorte, il paraît aussi naturel qu'équitable de donner effet à la Substitution faite par chacun d'eux, sur les biens qui proviennent de leurs côtés respectifs. Tel est d'ailleurs le sentiment de Gomèz, *variarum resolutionum*, tome 1, chap. 6, n° 13, de Grassus, *de successionibus*, §. *Substitutio*, quest. 45, n° 7, de Zoëz et de Voët sur le Digeste, liv. 28, tit. 6, n°s 31 et 33, etc.

VIII. La Substitution exemplaire s'éteint, comme la pupillaire, par le décès du substitué avant le malade, et par la cassation du testament qui la contient, lorsqu'elle est prononcée, soit pour défaut de forme, soit par des moyens de suggestion, soit pour cause de prétérition ou d'inofficiosité.

Elle s'anéantit encore par le retour du malade à la raison. La loi 9, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, le §. 1, *de pupillari Substitutione*, aux Institutes, et la loi 43, D. *de vulgari*, en contiennent des dispositions formelles.

Aucun de ces textes ne dit que la rechute du malade dans la fureur ou dans la démence, fasse revivre la Substitution, et nous pensons avec Zoëz et Voët, aux endroits cités, n°s 8 et 34, qu'il ne faut nullement suppléer sur ce point à leur silence.

Il est bien vrai qu'un testament qui a été rompu par l'agnation d'un posthume, reprend sa force par le décès de celui-ci du vivant du testateur. Il est également hors de doute qu'un legs qui est devenu caduc par l'inimitié survenue entre le testateur et le légataire, commence à renaître dès qu'il paraît, de l'un à l'autre, quelque signe de réconciliation.

Mais dans ces deux cas, la disposition qui revit, est le propre fait de celui à qui il s'agit de succéder; et assurément il est bien naturel de présumer de sa part une volonté tacite de lui donner effet, dès que l'obstacle qui l'empêchait, est écarté. Ici, au contraire, le testament qu'on voudrait faire revivre par la rechute du malade, est l'ouvrage d'un tiers; le malade n'a pas dû, pendant l'intervalle lucide dont il a joui, le regarder de bon œil; il a même pu l'ignorer; et d'une façon comme de l'autre, on ne doit pas croire, lorsqu'il n'y en a point de preuve, que son intention ait été de le confirmer. Il est plus conforme au vœu de la loi de regarder son silence comme une vocation des héritiers qui doivent lui succéder *ab intestat.* (Loi 8, §. 1, D. *de jure codicillorum*).

La Substitution exemplaire qui a été faite au profit d'un frère, s'anéantit par la survenance d'un enfant du malade, comme celle qui a été faite en faveur d'un étranger, s'anéantit par la survenance d'un frère. (Loi 43, D. *de vulgari;* Voët, à l'endroit cité, n° 25).

IX. Il nous reste à observer que la Substitution exemplaire n'est pas plus en usage dans les pays coutumiers que la pupillaire. Elle y est bien exécutée comme celle-ci à titre de fidéicommis; mais hors de là, elle ne produit aucun des effets qui lui sont propres. Écoutons Ricard, *Traité des Substitutions*, part. 1, n° 91 :

« Comme la Substitution exemplaire n'a été inventée qu'à *l'instar* de la pupillaire, et que l'une n'est autre chose que l'image de l'autre, il s'ensuit pareillement qu'elle ne peut pas être d'usage en ce pays. C'est ce qui a été jugé par un arrêt rendu à l'audience de la grand'-chambre, mardi 18 janvier 1656.

» Dans cette espèce, Anne Le Fèvre, de la ville d'Amiens, fait son testament entre ses enfans, et ordonne que ses biens seront partagés entre eux également; mais elle substitue la part de Marie, qui était faible d'esprit, au profit de Vincent et de François seulement. Marie étant morte dans son infirmité, les enfans non substitués contestent le testament en la forme, et subordonnément soutiennent qu'ils devaient avoir la distraction de la légitime de Marie, leur sœur. Vincent et François, substitués, prétendaient au contraire que le testament était bon, et que les biens de leur sœur leur devaient être adjugés entièrement et sans aucune distraction, parce que ce n'était pas une simple Substitution fi-

décommissaire, mais une Substitution exemplaire.

» La cour, par son arrêt, prononça le testament valable; mais elle jugea que nous n'avions pas de Substitutions exemplaires dans le pays coutumier, en adjugeant les biens aux substitués, à la charge de la distraction de la légitime, qui serait partagée entre tous les héritiers de Marie également, dont les substitués faisaient partie, conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Talon ».

[[X. Aujourd'hui, la Substitution exemplaire est abolie dans toute la France; et elle ne peut plus valoir comme Substitution fidéicommissaire, sur les biens provenant du substituant, que dans le petit nombre de cas où il est encore permis de substituer fidéicommissairement. *V.* ci-devant, §. 1, n° 16.]]

§. IV. *De la Substitution réciproque.*

I. La Substitution réciproque est celle qui est faite entre les institués, et qui appelle l'un au défaut de l'autre.

Elle est, ou directe, ou fidéicommissaire; mais nous ne la considérons ici que sous le premier aspect.

II. On substitue réciproquement, lorsqu'après avoir nommé deux ou trois héritiers, on déclare qu'ils succéderont à défaut les uns des autres, ou simplement qu'on les substitue les uns aux autres.

Cette déclaration est même quelquefois sous-entendue. Un arrêt du parlement de Toulouse, du 15 février 1630, a jugé que des enfans impubères, institués par leur père, et chargés d'une substitution compendieuse en faveur d'un tiers, sont censés substitués entre eux réciproquement, parceque, sans cela, ces impubères décédant en différens temps, le substitué ne pourrait recueillir que la portion du dernier mort.

D'Olive, liv. 5, chap. 11, rapporte les raisons qu'on faisait valoir de part et d'autre dans cette affaire, et ajoute que la même chose fut jugée par arrêt du 29 décembre 1563, dans un cas où il y avait un enfant impubère et un autre pubère.

On trouve dans le recueil de Basset, tome 2, liv. 8, tit. 2, chap. 11, un arrêt du parlement de Grenoble, du 31 mai 1634, qui décide de même.

III. Il ne faut pas croire que la Substitution réciproque forme une espèce à part et différente des trois Substitutions directes dont on a parlé dans les paragraphes précédens : non, elle les comprend au contraire toutes trois en termes généraux.

Ainsi, deux enfans qu'un père substitue l'un à l'autre, sont censés appelés à la part de celui d'entre eux qui ne voudra ou ne pourra pas succéder; et si ce cas arrive, il y aura ouverture à la Substitution vulgaire. C'est ce que porte la loi 4, §. 1, D. *de vulgari.*

Par la même raison, si ces enfans sont impubères, et que l'un d'eux, après avoir recueilli, conjointement avec l'autre, la succession de son père, vienne à mourir avant l'âge de puberté, le survivant lui succédera par droit de Substitution pupillaire. C'est ce que décide encore la loi qu'on vient de citer : *Quod jus ad tertium quoque genus Substitutionis tractum esse videtur. Nam si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam Substitutionem factam videri Divus Pius constituit.*

Enfin, si les enfans qu'on substitue réciproquement l'un à l'autre, sont pubères et attaqués de fureur ou de démence, cette Substitution sera tout à la fois vulgaire et exemplaire; en sorte qu'elle aura son effet, et comme vulgaire, si l'un des enfans vient à mourir avant le testateur, et comme exemplaire, si le testateur les prédécède tous deux. C'est ce qu'enseigne Bartole, sur la loi 45, pr., n° 16, D. *de vulgari*, Grassus, *de successionibus*, §. *Substitutio*, quest. 49, n° 3, Despeisses, tome 2, page 111, Rousseaud de Lacombe, dans sa *jurisprudence civile*, au mot *Substitution*, part. 1, sect. 4, n° 2.

IV. Ce qu'il y a de remarquable sur tout cela, c'est que les trois substitutions directes sont comprises dans la réciproque, non comme tacites, mais comme expresses; et en effet, disent Grassus, à l'endroit cité et quest. 60, n° 4; Gomèz, *variar. resolut.*, tome 1, chap. 2, n° 4, et Ranchin, *dans ses décisions*, part. 2, conclus. 209, elles y sont toutes exprimées en termes généraux.

De là, cette conséquence remarquée par Despeisses, qu'au lieu que la mère du pupille exclud le substitué par la pupillaire comprise dans la vulgaire, tout collatéral substitué par la pupillaire comprise dans la réciproque, exclud la mère du pupille.

Il y a cependant un cas où les trois Substitutions directes qui sont comprises dans la réciproque, ne sont pas toutes regardées comme expresses, mais bien comme tacites: c'est lorsque la substitution réciproque en énonce particulièrement une. Par exemple,

je substitue mes héritiers les uns aux autres, au cas que quelqu'un d'eux ne veuille ou ne puisse pas me succéder. Il est certain que, par cette disposition, je ne fais expressément qu'une Substitution vulgaire; la pupillaire y est bien comprise, mais ce n'est que tacitement; et il faut, pour l'en faire sortir, que la loi supplée au silence de l'homme.

Il peut même arriver que la Substitution pupillaire ne soit pas du tout comprise dans la réciproque; et en général, il est de règle que la réciproque ne contient que les Substitutions qui conviennent également à tous les substitués. *Si duobus heredibus institutis, altero cui potuit usque ad certum tempus pubertatis parens facere testamentum, altero cui postea quàm heres extitit, substituere non potuit, invicem Substitutio eisdem verbis facta est : in eum solum casum eam locum habere placet, quo utrique pari ratione potuit substitui.* (Loi 6, C. *de testamento militis*).

Ainsi, lorsque, de deux héritiers substitués réciproquement, l'un est pubère et l'autre pupille, la Substitution n'est point pupillaire, mais seulement vulgaire. C'est ce que décide la loi 4, §. 2, D. *de vulgari*, et elle en donne cette raison : *Incongruum enim videbatur ut in altero duplex esset Substitutio, in altero sola vulgaris.*

Le président Maynard, liv. 5, chap. 42, rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du 31 mars 1583, qui est calqué sur cette décision. Une mère réclamait *ab intestat* la succession de son fils décédé en pupillarité. Un des héritiers du père prétendait l'exclure en vertu d'une Substitution réciproque; mais comme le testament avait été fait dans un temps où il était pubère, on jugea que la Substitution réciproque n'était que vulgaire; et par ce motif, la mère fut préférée.

La même chose a été jugée au parlement de Paris, par un arrêt du 11 avril 1634, rapporté dans les *Œuvres de Henrys*, liv. 5, quest. 47.

Voici un arrêt du parlement de Bordeaux, du 17 mars 1663, qui juge de même : c'est Lapeyrère qui parle, lettre S, n° 107, édition de 1725 : « Le nommé Bonnin institue sept » enfans mâles qu'il avait et les substitue ré» ciproquement, et veut que ses filles soient » contentes de leurs dots; un des enfans ins» titués meurt pupille : les filles demandent » part à la légitime du pupille : les co-héri» tiers survivans disent que la Substitution » est pupillaire : les filles répliquent que, lors » du testament et du décès du père, partie » des enfans étant pubères, partie impu» bères, il n'y avait lieu à aucune Substitu» tion pupillaire; et il fut ainsi jugé ».

V. Si l'un des pupilles substitués réciproquement parvient, avant la mort du testateur, à l'âge de puberté, la Substitution pupillaire dure-t-elle encore à l'égard de l'autre?

Oui, répond Despeisses, « parceque le » changement qui est survenu dans l'état » des héritiers, sans la volonté du testateur, » ne peut pas altérer sa disposition ». C'est ce que pensent encore Bartole, à l'endroit cité, n° 9; Mantica, *de conjecturis ultimarum voluntatum*, liv. 5, tit. 12, n°s 19, 20, 21 et 22; Grassus, *de successionibus*, §. *substitutio*, quest. 55, n° 8.

Mais, par la raison contraire, disent Despeisses, Bartole, Mantica et Grassus, aux endroits cités, si le testateur a émancipé volontairement un des pupilles, la Substitution réciproque cesse d'être pupillaire, et n'est plus que vulgaire.

Il n'est pourtant pas sans exemple que la Substitution réciproque comprenne des Substitutions particulières à quelques-uns des héritiers; il ne faut pour cela qu'une déclaration du testateur que telle est sa volonté.

Cette déclaration se présume même dans deux cas.

Le premier est lorsque le testateur s'est servi de phrases détachées pour substituer à chacun de ses héritiers. *J'institue Antoine* (qui est pubère) *et Pierre* (qui ne l'est pas) : *Si Antoine n'est pas mon héritier, je lui substitue Pierre; et si Pierre est mon héritier, mais décède en pupillarité, je lui substitue Antoine.* Voilà une Substitution réciproque et des substitués à qui ne conviennent pas également les deux Substitutions qu'elle comprend de droit. Néanmoins, parceque chacun d'eux est appelé par une phrase particulière, on présume qu'il l'est pour tous les cas où la Substitution réciproque peut avoir effet à l'égard de l'autre. Ainsi, Pierre n'est substitué que vulgairement, mais Antoine l'est tout à la fois vulgairement et pupillairement. C'est l'espèce précise et la décision textuelle de la loi 4, §. 2, D. *de vulgari*.

Le second cas est lorsque la Substitution réciproque est en même temps compendieuse. « Car (dit Despeisses), le testateur, par les » termes de la compendieuse, étendant la Subs» titution jusques après l'acceptation de l'hé» rédité, témoigne bien qu'il a voulu substi» tuer par toutes sortes de Substitutions ». Ainsi, je nomme pour mes héritiers Antoine et Pierre, et je les substitue l'un à l'autre,

en cas que l'un d'eux décède sans enfans: Pierre, qui est impubère, décède; Antoine lui succédera-t-il par droit de Substitution pupillaire? La raison de douter est qu'il était en âge de puberté lors de la confection du testament. Mais cette circonstance ne doit pas empêcher de le regarder comme appelé. Par arrêt du parlement de Toulouse, du mois de juin 1580, la succession de Pierre lui est adjugée. Maynard qui rapporte cet arrêt, liv. 5, chap. 27, ajoute, chap. 44, qu'il en a été rendu, au même parlement, plusieurs autres qui consacrent également cette opinion.

[[VI. Aujourd'hui, hors les cas, où il est encore permis de Substituer fidéicommissairement, la Substitution réciproque ne comprend et ne peut comprendre que la vulgaire. *V.* ci-devant, §. 1, n° 16, et §. 2, n° 10.]]

§. V. *De la Substitution compendieuse.*

I. On entend par Substitution *compendieuse* ou abrégée, une disposition conçue en termes implicites qui renferment en même temps la Substitution directe et la Substitution fidéicommissaire; ou, pour nous servir des expressions de Ricard, « celle qui se » fait en termes généraux, propre pour com» prendre toutes les espèces de Substitutions » vulgaires, pupillaires (exemplaires) et fidéi» commissaires ».

On l'exprime ordinairement de cette manière : *Après la mort* ou *en cas de mort de mon héritier*, ou *en quelque temps que meure mon héritier, je lui substitue un tel.* « En ce » cas (dit Ricard), comme la Substitution » est générale, et qu'elle n'est restreinte à » aucune espèce particulière, la loi présume » que le testateur a voulu comprendre toutes » les sortes de Substitutions qui peuvent être » appliquées à sa disposition ».

On voit par-là que la Substitution compendieuse ne forme pas plus que la réciproque, une espèce à part, et qu'elle rentre toujours nécessairement, comme elle, dans l'une des autres classes de Substitution.

C'est par l'événement et par la nature du cas qui se présente, qu'on détermine l'espèce à laquelle elle appartient. Elle devient vulgaire, si l'héritier institué n'accepte point la succession; pupillaire, si, après avoir accepté la succession, il décède au-dessous de douze ou quatorze ans, suivant son sexe; et fidéicommissaire, si, dans ce dernier cas, sa mort n'arrive qu'après l'âge de puberté. La loi 8, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, s'explique là-dessus très-clairement.

II. Il est important de bien saisir les vrais caractères d'une Substitution compendieuse. Il faut, pour la rendre telle, le concours de deux conditions.

La première est que la Substitution soit exprimée en termes directs, « parceque (dit » Ricard), s'ils étaient obliques et fidéicom» missaires, l'apposition du temps convenant » encore au fidéicommis, il n'y aurait rien » dans la disposition qui fût capable de com» prendre la Substitution directe ».

La seconde condition est qu'il y ait, dans la disposition du testateur, une clause qui emporte la continuation d'un temps quelconque après l'adition, et cela, dit encore Ricard, « pour marquer que l'intention du » testateur a été de faire quelque chose da» vantage qu'une Substitution directe, et que » son dessein a été de l'étendre jusqu'à la » fidéicommissaire ».

V. l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 10, §. 8.

III. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner quels sont les effets de la Substitution compendieuse, lorsqu'elle reçoit son exécution comme fidéicommissaire. Bornons-nous en ce moment au cas où elle a son effet comme directe, c'est-à-dire, au cas où le décès de l'héritier avant le testateur, ou au-dessous de l'âge de puberté, la rend vulgaire ou pupillaire.

VI. La Substitution compendieuse, considérée comme vulgaire, donne-t-elle à celui en faveur de qui elle est faite, le droit d'exclure la mère de l'héritier à qui il est substitué?

L'affirmative est établie par Despeisses, tome 2, page 113, et il ne paraît y avoir là-dessus aucune difficulté.

La question est plus controversée pour le cas où la Substitution compendieuse se résoud en pupillaire. Nous avons fait voir à l'article *Légitime*, sect. 5, §. 4, que la mère doit alors être exclue par le substitué, et qu'elle n'a pas même de légitime à prétendre. Telle est, avons-nous ajouté, la jurisprudence constante du parlement de Paris, mais le parlement de Toulouse et le sénat de Chambéri donnent, en ce cas, une légitime à la mère.

L'indulgence avec laquelle ces deux cours ont cru devoir traiter, sur ce point, la mère du pupille, a été imitée par le parlement de Grenoble. Despeisses, tome 2, page 316, et Chorier dans sa *Jurisprudence de* Guy-Pape, en rapportent des arrêts de 1560 et 1568.

Il paraît par un arrêt du 28 juin 1612, inséré dans le recueil de Bouvot, part. 1, au mot *Légitime*, quest. 4, que le parlement

de Dijon suit la même jurisprudence. C'est d'ailleurs ce qu'atteste le président Bouhier, chap. 75.

Il y a cependant, sur ce point, une différence remarquable entre les arrêts du parlement de Toulouse et ceux des parlemens de Grenoble et de Dijon.

Les premiers, lorsque le substitué n'est pas enfant du testateur, accordent à la mère une trébellianique, outre sa légitime.

Les secondes la restreignent toujours à la portion légitimaire.

La jurisprudence du parlement de Toulouse est fondée sur le principe, que la Substitution compendieuse, quoique pupillaire par sa nature, lorsque l'institué meurt au-dessous de l'âge de puberté, doit être considérée comme fidéicommissaire par rapport à la mère.

Ce principe n'est point particulier au parlement de Toulouse : il est également reçu au parlement de Provence, et il y a dans le ressort de cette cour un édit du 14 décembre 1456, qui le confirme expressément.

Une loi aussi singulière mérite d'être ici transcrite; elle est d'ailleurs limitée par sept exceptions qu'il importe de connaître. Voici comment elle est conçue :

« Il y a grande diversité d'opinions, principalement entre les docteurs, même du droit civil, qui s'entre-choquent ès jugemens sur la Substitution compendieuse faite par une personne non militaire, sans spécification de temps, par ce verbe commun *substituo*, je substitue, avec l'adverbe *quandocumque* : toutes fois et quantes mon fils décédera, je substitue un tel; parceque le mot *substituo*, je substitue est un mot commun, qui peut être adapté aux Substitutions, tant directes que fidéicommissaires. Et au moyen de ce, il y a grande dispute, lorsque la mère reste au milieu, si elle est en tout temps fidéicommissaire; ou si, durant l'âge de pupillarité, elle est valable directement, et si après la pupillarité elle vaut comme fidéicommissaire;

» Nous, considérant que la mère combat pour la luctueuse succession de son fils décédé, par ce notre présente déclaration, laquelle nous voulons avoir force et vigueur de loi, nous ordonnons et statuons, que toutes fois et quantes telle Substitution aura été faite que dessus a été dit, et que la mère serait au milieu survivante à son fils, et qu'en tout temps, soit en pupillarité, soit après, elle soit jugée valable, comme fidéicommissaire, en faveur des mères, sinon qu'à cet enfant ainsi institué et grevé fussent substitués les enfans du testateur, frères du fils décédé, ou sinon que le testateur eût dit qu'il ne voulait pas que sa femme eût une maille de son bien, ou quelque chose équivalente, ou si la mère était indigne de l'hérédité, pour n'avoir demandé d'être pourvu de tuteur à son fils, ou qu'elle fût ennemie du tuteur, ou bien si le testateur léguant à la mère, et chargeant le substitué de payer le legs, a dit qu'elle fût contente dudit legs, et ne pût rien demander par-dessus, ou que la mère se fût remariée, ou d'autant que la mère du testateur était substituée audit fils décédé.

» Que, si, du temps de la mort d'icelui, la mère n'était au milieu, pour être trépassée, alors que ladite Substitution, dans le temps de la pupillarité, soit valable directement, et après la pupillarité obliquement comme fidéicommissaire ».

Le privilége que cet édit accorde à la mère, doit-il être étendu à l'aïeule ?

Boniface, tome 2, liv. 2, tit. 2, chap. 12, rapporte un arrêt rendu au parlement de Provence, le 30 juin 1659, en faveur de l'affirmative. Cet arrêt adjuge à l'aïeule une légitime et une trébellianique.

Le parlement de Toulouse a, sur cette question, une jurisprudence un peu différente : il donne bien à l'aïeule une légitime, comme à la mère, mais il lui refuse la trébellianique. *V.* Catellan, liv. 2, chap. 84.

[[V. Aujourd'hui, la Substitution compendieuse a toujours, comme dans le droit romain, l'effet d'une Substitution vulgaire; mais elle ne peut plus avoir celui d'une substitution pupillaire; et il est peu de cas où elle puisse avoir celui d'une substitution fidéicommissaire. *V.* ci-devant, §. 4, n° 5.]]

SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE. J'ai déjà dit ce qu'on entend par une *Substitution fidéicommissaire* : elle doit être définie, selon Thévenot d'Essaules (*Traité des Substitutions fidéicommissaires*, page 5), « une » disposition de l'homme, par laquelle, en » gratifiant quelqu'un expressément ou tacitement, on le charge de rendre la chose à » lui donnée, ou une autre chose, à un tiers » qu'on gratifie en second ordre ».

Les Romains ont été les inventeurs de cette manière de disposer. On ne voit point qu'elle ait été pratiquée avant eux chez aucun peuple.

Sous le régime républicain, on ne connaissait à Rome que les Substitutions directes, dont la plus fréquente était appelée *vulgaire*, et que les testateurs employaient pour ne pas mourir sans héritier institué.

Il y avait néanmoins, dès ce temps-là même, quelques testateurs qui, dans la vue de faire passer leurs biens à des personnes que la loi leur défendait de gratifier, s'avi-

saient, en nommant un héritier ou légataire capable, de le prier en secret de remettre, soit l'hérédité, soit le legs, en tout ou en partie, à ces personnes.

Chaque testateur savait bien que l'incapable n'aurait point d'actions pour se faire rendre les biens; mais il s'en rapportait *à la foi* de celui qu'il nommait pour son successeur universel ou particulier, *ejus fidei committebat*. De là, l'expression de *fidéicommis tacite*, qui est encore en usage, et dont on se sert pour désigner une disposition que les lois anciennes et modernes ont également proscrite. *V.* l'article *Fidéicommis tacite*.

Dans la suite, d'autres testateurs usèrent de la même voie pour faire rendre à des personnes capables, des choses qu'ils laissaient directement à leurs héritiers ou légataires. Mais il ne naissait encore de là aucune action: la *foi* de ceux à qui les testateurs s'en rapportaient, était la seule sûreté des fidéicommissaires; et, comme on le devine bien, la confiance des testateurs était quelquefois trompée.

L'empereur Auguste sentit ces inconvéniens, et y remédia. Il ordonna aux consuls d'interposer leur autorité pour l'exécution des fidéicommis faits au profit de personnes capables.

Ce nouvel ordre de choses augmenta la faveur des fidéicommis; et bientôt on en confia la juridiction à un magistrat créé exprès, et qu'on nomma *préteur des fidéicommis*, PRÆTOR FIDEICOMMISSARIUS.

Telle fut, selon Justinien lui-même (§. 1 et 12, Inst. *de fideicommissariis hereditatibus*), l'origine du fidéicommis, que les docteurs ont depuis nommé *Substitution fidéicommissaire*.

C'est donc du droit romain que dérive la disposition ainsi appelée; c'est de là qu'elle s'est répandue chez toutes les nations civilisées.

Pourrait on, dès-lors, ne pas sentir la nécessité absolue de bien connaître l'économie de ce droit sur les fidéicommis? Il faut pourtant convenir que nos coutumes, les ordonnances de nos rois, et singulièrement celle du mois d'août 1747 (1), forment à cet égard une branche d'étude qui n'est pas moins importante. Mais comme les règles particulières qu'elle nous ont tracées sur le même objet, ne doivent composer, dans notre jurisprudence, qu'un tout avec les dispositions des lois romaines, nous tâcherons de parcourir succinctement les unes et les autres, et faire de leur assemblage un *article* qui renferme tous les points capitaux de la matière.

Voici l'ordre dans lequel nous croyons devoir la traiter.

1° Les Substitutions fidéicommissaires sont-elles autorisées partout? N'y a-t-il pas des coutumes où elles sont prohibées? [[Quelles sont, à cet égard, les dispositions des lois nouvelles?]]

2° Quelles sont les personnes qui peuvent substituer fidéicommissairement?

3° Quelles sont les personnes qu'on peut grever de Substitution fidéicommissaire?

4° Dans quelle proportion peut-on grever?

5° Quelles personnes peut-on appeler à une Substitution fidéicommissaire?

6°. Quelles choses peut-on substituer fidéicommissairement?

7°. Par quels actes peut-on faire ces sortes de Substitutions, et de quelles formalités faut-il qu'ils soient revêtus? De la publication et de l'enregistrement, [[aujourd'hui de la transcription]], des Substitutions fidéicommissaires?

8° De quels termes doit-on se servir pour substituer?

9° De quel usage sont les conjectures en cette matière? Quelles sont celles que l'ordonnance de 1747 a proscrites, et celles qu'elle a laissé subsister?

10° Combien y a-t-il de sortes de Substitutions fidéicommissaires? Caractère et effets du *fidéicommis pur*, du *fidéicommis conditionnel*, du *fidéicommis simple*, du *fidéicommis graduel*, du *fidéicommis particulier*, du *fidéicommis universel*, du *fidéicommis réciproque*, de la Substitution *compendieuse*, du fidéicommis *de ce qui peut rester*, de la Substitution *de la famille*, de la Substitution *de celui de la famille que le grevé aura choisi*, de la Substitution *linéale*, de la Substitution *masculine*.

11° Des formalités et des devoirs que le grevé est tenu de remplir, lorsqu'il recueille les biens substitués.

12° Des droits du grevé sur les biens substitués, des obligations qu'il a à remplir pendant sa jouissance, de l'aliénation des biens substitués, et des actions dont ils sont passibles pour dot et droits nuptiaux.

13° Effets du décret forcé et de la prescription relativement aux biens substitués.

14° Des droits du substitué, et des actions

(1) Cette ordonnance n'a pas été enregistrée au parlement de Provence, et ne fait conséquemment pas loi dans le ressort de cette cour. Sallé et Thevenot disent le contraire, mais la chose n'en est pas moins constante. [[*V.* l'article *Légitime*, sect. 8, §. 3, art. 5, n° 12.]]

qu'il peut exercer avant l'échéance de la condition du fidéicommis.

15° De l'ouverture et de la transmission des fidéicommis; des effets que produit leur ouverture, relativement à la propriété, à la possession et aux fruits.

16°. De la remise des biens substitués et des actions du substitué pour l'obtenir; du cas où le grevé la fait avant l'ouverture du fidéicommis; des distractions à faire par le grevé, lors de cette ouverture. Le substitué est-il tenu envers les créanciers de la succession, des intérêts qui ont couru pendant la jouissance du grevé?

17° Des différentes manières dont s'éteignent les Substitutions fidéicommissaires.

18° Des procédures et des jugemens concernant les fidéicommis.

Sect. I. 1° *Les Substitutions fidéicommissaires sont-elles autorisées partout? N'y a-t-il pas des coutumes où elles sont prohibées?*

2° [[*Quelles sont, à cet égard, les dispositions des lois nouvelles?*]]

La faculté de substituer fidéicommissairement n'est que la conséquence de celle que nous tenons du droit naturel, de donner entre-vifs, et du droit civil, de donner à cause de mort; elle dérive du pouvoir qu'a tout donateur d'apposer à sa libéralité telle condition qu'il lui plait.

Dès-lors, il semblerait qu'elle dût être admise partout sans difficulté; cependant il y a des coutumes qui l'ont proscrite, et leurs dispositions ont été respectées par l'ordonnance de 1747; car l'art. 1 de cette loi ne permet les substitutions fidéicommissaires que *dans les pays où elles sont en usage.*

Quelles sont donc les coutumes qui ont porté atteinte à la liberté de substituer?

On peut en compter jusqu'à dix : savoir, Bourbonnais, la Marche, Auvergne, Sédan, Montargis, Bassigny, Nivernais, Bretagne, Normandie et Hainaut.

Quelques-uns ont même prétendu qu'il fallait y ajouter celles de Berri, de Meaux, de Chaumont et de Vitry.

Examinons chacune de ces lois en particulier.

§. I. *Coutume de Bourbonnais.*

Voici ce qu'elle porte, art. 324 : « Substitution d'héritier faite en testament ou autre » disposition de dernière volonté, n'a lieu et » ne vaut aucunement audit pays, par légat, » n'autrement, en quelque manière que ce » soit, et n'a aucun effet de légat ».

On n'aperçoit là qu'une défense de substituer par testament; aussi Papon dit-il sur ce texte, qu'il est permis en Bourbonnais, comme ailleurs, de substituer par contrat: *in contractibus autem posse substitui nemo nescit.*

Il paraît même que la coutume n'interdit pas toutes les Substitutions testamentaires, mais seulement celles qui ont pour objet l'hérédité et forment des titres universels. C'est ce qu'insinuent les mots *Substitution d'héritier.* En tout cas, on ne risque rien, dans une matière où la coutume s'est si étrangement éloignée du droit commun, de renfermer ses termes dans leur sens littéral.

§. II. *Coutume de la Marche.*

Art. 255. « Substitution faite en testament » ou autre disposition de dernière volonté, » n'a lieu et ne vaut aucunement audit pays » par légat, n'autrement, en quelque manière » que ce soit ».

Cette disposition est restreinte, comme celle de Bourbonnais, aux Substitutions testamentaires; mais elle ne met aucune différence entre celles qui se font à titre particulier, et celles qui ont pour objet la totalité ou seulement une quote de la succession : elle les confond toutes dans une prohibition générale.

§. III. *Coutume d'Auvergne.*

Tit. 12, art. 53. « Substitution d'héritier » faite en testament ou autre disposition de » dernière volonté, n'a lieu et ne vaut aucu- » nement audit pays, par légat, n'autrement, » en quelque manière que ce soit ».

Ce texte, exactement conforme à celui de la coutume de Bourbonnais, a fait la matière de deux arrêts importans, qu'on peut appliquer à toutes les coutumes qui s'expriment de même.

Par le premier, en date du 28 mai 1631, confirmatif d'une sentence de bailli de Montpensier, il a été jugé que, « l'héritier *ab intestat* » qui approuve, majeur, le testament conte- » nant la Substitution, n'est plus recevable à » la disputer ». Ce sont les termes de Brodeau, lettre L, §. 6. *V.* l'article *Nullité*, §. 3, n° 3.

Le second arrêt, rendu le 9 juillet 1637, et rapporté par le même auteur, lettre S, §. 9, confirme « la Substitution faite par le sieur de » Chabannes, de la terre de Curton, et de » plusieurs autres situées sous la coutume » d'Auvergne, par le contrat de mariage de » son fils aîné ».

§. IV. *Coutume de Sédan.*

Art. 130. « Institution d'héritier n'a lieu au » préjudice de l'héritier prochain habile à suc-

» céder, ne semblablement Substitution, soit » par testament ou autre disposition de der» nière volonté ».

Cette coutume paraît devoir être interprétée de même que celles de Bourbonnais et d'Auvergne.

Seulement on peut douter si elle défend d'exécuter, à titre de legs, *les Substitutions d'héritier* qu'elle déclare nulles. Voyez ce que nous avons dit sur une question semblable, au mot *Héritier*, sect. 1, §. 1, n° 7.

§. V. *Coutume de Montargis.*

Tit. 13, art. 1. « On ne peut *instituer héri*» *tier ou substituer*, par testament et ordon» nance de dernière volonté, ne autrement; » car institution d'héritier n'a point de lieu, » selon la coutume ».

Les mots, *ne autrement*, étendent la disposition de cette coutume beaucoup plus loin que celles dont on a parlé jusqu'à présent. « Ces termes (dit Lhoste dans son commen» taire) ne sont pas inutiles, et pour cela » j'estime qu'ils retranchent tout d'un coup » toute sorte de dispositions portant institu» tion ou Substitution d'héritier en qualité » d'héritier, non pas même par contrat d'asso» ciation ou de mariage ».

Cet auteur ajoute que « pourtant telle ins» titution ou Substitution aura effet de dona» tion jusqu'à concurrence de ce que la cou» tume permet de donner : *si non valet ut* » *actum, valet ut valere potest* ».

Nous pensions de même, en rédigeant l'article *Héritier*, sect. 1, §. 1, n° 7; mais depuis nous avons découvert un arrêt du 31 août 1722, qui juge le contraire, en confirmant une sentence des Requêtes du palais, rendue après partage. Il est rapporté au *Journal des Audiences*, dans l'ordre de sa date. Brillon, au mot *Testament*, n° 15, en fait aussi mention, et dit qu'il a jugé la question *in terminis*, contre l'avis de tout le palais.

§. VI. *Coutume de Bassigny.*

Tit. 13, art. 163. « Substitution d'héritier » faite en testament ou autre disposition, ne » vaut aucunement, soit par forme de légat » ou autrement ».

Cette coutume est, comme l'on voit, parfaitement conforme à ce qu'on vient de dire par rapport à celle de Montargis.

§. VII. *Coutume de Nivernais.*

Tit. 33, art. 10. « Institution ne Substitution » d'héritier par testament, n'autrement, n'ont » point de lieu, en manière que, nonobstant » lesdites institution ou Substitution, l'héritier » habile à succéder héritera et sera saisi de la » succession; en manière aussi qu'un testament » est valable, posé qu'il n'y ait institution » d'héritier; et combien que ladite institution » ne vaille, ne sera pourtant vicié le testament » ès autres choses ».

Nous avons prouvé à l'article *Héritier*, sect. 1, §. 1, n° 3, que, par la manière dont elle est interprétée par l'usage, cette coutume fait valoir comme legs, les institutions d'héritier qu'elle proscrit. On conçoit aisément qu'il en doit être de même des Substitutions; et tel est effectivement l'avis de Coquille.

Cet auteur ajoute, en expliquant le terme *n'autrement* : « Il faut excepter si l'héritier » est institué en faveur de mariage, lorsqu'il » contracte mariage; car la convenance de » succéder ainsi faite vaut comme *institution* » *d'héritier* ». *V.* l'article *Institution contractuelle*, §. 1.

§. VIII. *Coutume de Bretagne.*

Voici ce que dit Denisart sur la jurisprudence de Bretagne, relativement à la prohibition qui y est établie de faire des Substitutions fidéicommissaires :

« En Bretagne, les Substitutions non revêtues de lettres-patentes enregistrées au parlement, sont nulles pour les héritages de cette province; lors même que les successions dont ces héritages dépendent, sont ouvertes dans le ressort des coutumes qui permettent la Substitution, et dans lesquelles il y a des biens susceptibles de Substitution.

» Cette nullité a pour fondement deux principes certains en Bretagne : savoir, la prohibition d'avantager, dans les immeubles de Bretagne, un des héritiers au préjudice de l'autre; et l'incapacité d'établir par convention dans les familles, un ordre de succéder, différent de celui qui est établi par la coutume.

» L'héritier premier grevé par la Substitution, donnerait inutilement son consentement, même après la mort de l'auteur commun qui a fait la Substitution, parceque cet héritier ne peut ni valider ni établir, entre ceux qui doivent lui succéder, un ordre de succession contraire à celui de la coutume de Bretagne, qui est de droit public, et qui ne peut recevoir aucune atteinte par les conventions des particuliers.

» Ces maximes ont été attestées comme constantes, par un acte de notoriété signé de vingt-cinq avocats au parlement de Rennes, légalisé de MM. les avocats-généraux du même parlement, qui a certifié qu'elles étaient *constantes*; qu'elles n'avaient *jamais varié*, *étant d'une conséquence nécessaire du droit public*

de la province et de la loi fondamentale des partages de toutes successions nobles ou roturières.

» Cet acte de notoriété a été donné dans l'affaire du baron de Tiers, contre M. Gontaut et autres, dans laquelle il s'agissait des Substitutions des terres du Châtel et de Moy, par M. Crozat. L'arrêt qui est intervenu le 18 août 1751, à la grand'chambre, plaidant MM. de La Monnaie et Gueau de Réverseaux, a jugé en conformité ».

Denisart a oublié une autorité plus sûre encore que celles qu'il rapporte : c'est l'arrêt d'enregistrement de l'ordonnance des Substitutions au parlement de Bretagne. Il y est dit que cette loi n'aura effet *que pour les Substitutions autorisées par lettres-patentes de Sa Majesté, dûment enregistrées en la cour.*

§. IX. *Coutume de Normandie.*

Pour bien saisir l'esprit de la coutume de Normandie sur la faculté de substituer, il faut en rapprocher les différentes dispositions qui sont relatives à la disponibilité des biens à titre gratuit. Voici l'analyse que M. l'avocat-général Joly de Fleury en a faite à l'audience de la grand'chambre du parlement de Paris, dans un plaidoyer du 14 août 1710, rapporté par Augeard.

« Pour décider si les Substitutions en ligne directe sont prohibées dans la coutume de Normandie, il faut examiner, et la disposition de l'ancienne coutume, et le texte de la nouvelle.

» L'ancienne coutume de Normandie contient deux dispositions qui peuvent être appliquées à l'espèce de la cause.

» L'une est dans le titre des *dons que pères font à leurs enfans*, où il est dit que, *quand le père a plusieurs fils, il ne peut pas faire de son héritage l'un meilleur que l'autre.*

» L'autre est dans le titre d'*échéance*, où il est dit qu'*échéance d'aventure par condition vient quand fief est baillé ou vendu par telle manière que quand celui qui le prend sera mort, il reviendra à celui qui le baille, ou à autre, si comme la condition est faite entre celui qui le baille, et celui qui le prend.*

» Cette dernière disposition ne permet pas de douter qu'il n'y ait une espèce de Substitution autorisée par cette coutume, puisque le fief donné peut, après la mort du donataire, revenir au donateur ou passer à tout autre, suivant la convention des parties ; mais elle ne dit point si c'est en directe ou en collatérale, si c'est entre étrangers ou entre héritiers.

» La première disposition, tirée du titre *des Dons faits par les pères à leurs enfans*, n'éclaircit point ce doute. Il est vrai qu'elle prohibe la donation en directe, quand il y a plusieurs enfans, du moins la donation qui serait au-delà de leur portion héréditaire, puisqu'elle défend au père de faire la condition de l'un meilleure que celle de l'autre ; et elle ne décide rien, lorsque le père n'a qu'un seul enfant : elle ne dit point qu'il ne pourra faire aucune donation à ses petits-enfans, au préjudice de son fils, et qu'en lui laissant toute sa portion héréditaire, il ne pourra la grever de Substitution en faveur de ses descendans.

» Mais il se trouve dans cette même coutume une troisième disposition qui s'explique en termes précis sur cette matière, et qui lève toute difficulté ; c'est dans le chapitre *de partage d'héritage : et ne peut nul, quel qu'il soit, ou homme ou femme, donner de son fief à nul de ceux à qui il doit échoir, ni à leurs hoirs qui descendent d'eux en droite ligne.*

» Voilà une disposition prohibitive. Que ce soit pour conserver l'égalité entre plusieurs enfans, que ce soit en faveur des héritiers qui sont dans le même degré, la coutume ne distingue point ; elle est générale, et comprend également les donations faites en faveur des héritiers et de leurs descendans, soit collatéraux ou directs, au préjudice des autres, et les donations faites aux descendans, au préjudice de leur père et de leur mère, qu'on grève de Substitution.

» Si nous examinons la nouvelle coutume de Normandie, nous n'y trouvons pas même le terme de *Substitution :* mais comme toute Substitution renferme une donation, consultons les textes qui parlent des donations, et faisons-en l'application aux Substitutions.

» Il faut distinguer, avec la coutume, les étrangers des héritiers. Sous le terme d'*étrangers*, nous comprenons ceux qui peuvent être de la famille, mais qui ne viennent point à la succession. On peut leur donner *la tierce partie de ses immeubles, soit acquêts, conquêts ou propres.* C'est la disposition de l'art. 431.

» A l'égard des héritiers, il faut distinguer entre la ligne directe et la collatérale. On ne peut donner aux collatéraux, s'ils sont héritiers immédiats. C'est la première exception portée par cet article ; exception qui fait connaître qu'on ne peut donner à ceux qui ne sont pas héritiers immédiats, en quoi on a changé l'ancienne coutume.

» Mais par rapport à la ligne directe, l'ancienne coutume a été confirmée par la nouvelle, qui défend de donner à aucun de ses

descendans. C'est la seconde exception du même article, qui, après avoir permis de donner, *pourvu que le donataire ne soit héritier immédiat du donateur*, ajoute, *ou descendant de lui en droite ligne.* Ces derniers termes sont généraux, et comprennent tous les descendans en droite ligne, soit qu'ils soient ou ne soient pas héritiers immédiats. Mais cet article est-il absolu, ou respectif? C'est ce que les articles suivans nous apprendront.

» L'art. 432 dit : *si le donateur n'a qu'un héritier seul, il lui peut donner tout son héritage et biens immeubles.*

» Cet article est une limitation de l'exception portée dans le précédent article contre les descendans; mais il ne faut pas étendre cette limitation au-delà de ses termes. L'article ne dit pas qu'on pourra donner, en ce cas, aux enfans de cet enfant, à son préjudice: il se contente de détruire, en faveur de l'enfant, seul héritier, la prohibition contenue dans l'art. 421 contre tous les descendans.

» Suivant l'art. 533, si le donateur *a plusieurs héritiers, il leur peut donner à tous ensemble, mais ne peut avancer l'un plus que l'autre.* C'est une seconde limitation qui rend les enfans capables de recevoir dans le premier degré, mais qui ne lève point l'incapacité des autres descendans, prononcée par l'art. 431.

» Cette disposition est confirmée par l'art. 434, qui porte que *le père et la mère ne peuvent avantager l'un de leurs enfans plus que l'autre, parceque toutes donations faites par père ou mère à leurs enfans, sont réputées comme avancement d'hoirie;* ce qui est conforme à l'ancienne coutume, qui, après avoir dit que le père ne peut donner de son fief à aucun de ses descendans en droite ligne, ajoute: *mais après son décès, tout le fief qu'il avait, et celui qu'il avait ainsi donné, doit venir et être rapporté à partage entre ses hoirs.*

» Les donations aux descendans étant donc expressément défendues, il faut convenir que les Substitutions, qui ne sont que des donations réitérées, et faites à plusieurs personnes successivement, sont compriſes dans cette prohibition.

» Si nous avions besoin d'une nouvelle loi, nous la trouverions écrite dans l'art. 54 des placités, dont les termes sont précis : *On ne peut en Normandie instituer un héritier, ni substituer à la part que la coutume donne aux héritiers.* Il n'y a rien là d'équivoque; le terme *d'héritiers* renferme la ligne directe et la collatérale. Il est vrai que cet article paraît d'abord n'avoir voulu parler que des testamens; mais en ajoutant, *ni substituer*, il semble avoir aussi compris les donations entre-vifs.

» Dans l'art. 55, il est dit que *le donateur peut, entre-vifs et par testament, ordonner que les choses par lui données passeront, après la mort du donataire, à celui ou à ceux qu'il a nommés par la donation ou testament.*

» Cet article autorise les Substitutions; mais ce n'est point en dérogeant à la coutume qui les défend en ligne directe; tout son effet est d'étendre aux Substitutions la disposition de la coutume, par laquelle il est permis de donner aux étrangers et aux collatéraux qui ne sont pas héritiers immédiats du donateur; car, pour que le donateur puisse valablement substituer les choses données, il faut qu'il donne à personne non prohibée, telle que sont les étrangers, ou les collatéraux qui ne sont pas ses héritiers immédiats; mais ne pouvant donner à aucun de ses descendans en droite ligne, il ne peut pas non plus substituer en ligne directe.

» Enfin, l'art. 92 des mêmes placités décide précisément la contestation par ces termes : *Le donateur ne peut donner aucune part de son immeuble à ses descendans; mais bien aux descendans de son héritier immédiat en ligne collatérale.* Ce dernier article n'excepte de la prohibition de donner, et par conséquent de substituer, que les descendans en ligne collatérale, et regarde comme personnes prohibées, tous les descendans en ligne directe ».

Ainsi parlait en 1710, M. l'avocat-général Joly de Fleury. Il faut joindre à ses raisons un acte de notoriété donné, les 4 et 6 juin de la même année, par les magistrats du parquet et quatorze des plus anciens avocats du parlement de Rouen :

« Il est d'un usage notoire et certain (porte-» t-il) que la province de Normandie, » fondée sur les dispositions de la coutume, » sur les arrêts et réglemens de la cour, et » sur les jugemens perpétuellement rendus » dans cette province, qu'un père, mère ou » autre ascendant, ne peuvent faire aucune » Substitution au profit de leurs descendans, » ni par contrat de mariage, ni par testa-» ment, ne leur étant permis, ni de donner » directement aux descendans de leurs en-» fans, ni de grever leurs enfans ou descen-» dans au profit des autres descendans; en » sorte que, quoique, par l'art. 432 de la » coutume, il soit porté que, si le donateur » n'a qu'un seul héritier, *il* peut lui donner » tout son héritage et biens immeubles, cela » doit s'entendre, pourvu que la donation

» faite à ce fils, qui n'est qu'un avancement » d'hoirie, soit franche et libre de toute subs- » titution : en sorte que ce fils serait en droit, » de son chef, après la mort du père, de pos- » séder librement les biens substitués, de » les aliéner, de les hypothéquer ou de les » donner jusqu'à concurrence de ce que la » coutume permet; et dans les autres degrés, » ceux qu'on pourrait prétendre être grevés » de Substitution, ou ceux qui seraient en » droit de prendre part, à titre héréditaire, » dans les biens substitués, seraient succes- » sivement en droit de partager ou de disposer » de ces biens substitués, comme de biens » libres, et de soutenir que la Substitution a » été nulle et vicieuse dans son principe; » sans qu'on pût leur opposer le silence de » leurs auteurs qui ne se seraient pas plaints » de la Substitution, ou l'acquiescement que » ces mêmes auteurs auraient donné à la Subs- » titution, attendu que le père ou autre ascen- » dant n'a pu violer l'ordre de succéder intro- » duit par la coutume, ni dans le premier » degré, ni dans les degrés ultérieurs, ni » grever ou exclure ceux de ses descendans » qui devaient recueillir ses biens, ni même » empêcher que ceux de ses descendans que » la coutume appelait à la possession de ses » biens, en quelque degré que ce fût, en » pussent disposer librement, ou les partager » conformément à la coutume; ce que nous » certifions avoir toujours été observé dans » cette province, sans qu'on ait jamais admis » de maxime ou de proposition contraire ».

Ajoutons à ces autorités un arrêt du parlement de Paris, du 6 juillet 1647; qui est rapporté par Ricard, *Traité des Substitutions*, part. 1, n° 159.

« Les Substitutions (dit cet auteur) qui sont faites en Normandie dans le testament d'une personne qui a des enfans, sont de nul effet, et ne doivent être considérées dans cette coutume; parcequ'encore que le fidéicommis n'y soit pas nommément interdit, il est néanmoins suffisamment exclu, en ce qu'elle prohibe les dispositions par testament en général, dont la Substitution testamentaire fait partie.

» En effet, la question s'étant présentée au parlement de Paris, en exécution du testament fait par messire Charles de Prunelay, le 2 avril 1618, contenant la Substitution de la terre de Denneval, située en la province de Normandie, entre ses descendans, la cour, par un premier arrêt interlocutoire, du 29 août 1644, ordonna qu'il serait informé par turbes aux bailliages de Rouen et de Caudebec, de l'usage de la coutume; et ensuite les turbes ayant été faites, par un arrêt définitif intervenu en la grand'chambre, au rapport de M. Coquelay, le 6 juillet 1647, sans avoir égard à la Substitution, il fut ordonné qu'il serait passé outre à la vente et adjudication par décret de la terre de Denneval, aux saisies et criées de laquelle messire Nicolas de Prunelay s'était opposé, à fin de distraire ».

Telles sont les autorités qui établissent la nullité des Substitutions fidéicommissaires dans la coutume de Normandie; et, comme l'on voit, il n'est pas possible d'en désirer de plus respectables ni de mieux raisonnées.

Ce point de jurisprudence admet cependant deux exceptions.

La première, remarquée par Ricard à l'endroit cité, et par M. l'avocat-général Joly de Fleury, dans la partie de son plaidoyer du 14 août 1710, que nous avons transcrite, est fondée sur l'art. 55 des placités de 1666: ce texte porte que « le donateur peut, entre-vifs » et par testament, ordonner que les choses » par lui données passeront, après la mort » du donateur, à celui ou à ceux qu'il aura » nommés par la donation ou testament ».

Ainsi la défense de substituer n'a lieu que pour la portion qui est laissée à l'héritier, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale. Hors de là, le donateur ou testateur peut grever de Substitution l'étranger ou parent éloigné qu'il gratifie. C'est ce qu'on reconnaissait même avant la rédaction des placités; témoin Basnage, qui s'explique ainsi sur l'art. 422 : « Bien que les Substitutions » d'héritier soient inconnues en Normandie, » il est permis néanmoins de substituer en » matière de donations testamentaires ou » entre-vifs; et chacun a la liberté d'apporter » telles conditions qu'il lui plaît aux choses » dont la coutume lui accorde la disposition, » pourvu qu'elles ne soient point contre les » bonnes mœurs; comme il demeura pour » constant en la cause plaidée en la chambre » de l'édit, le 11 mars 1648 ». Le même auteur, sur l'art. 431, dit que, « par la juris- » prudence des arrêts, celui qui donne ce que » la coutume lui permet de donner, peut va- » lablement apposer prohibition d'aliéner ».

La seconde exception est que, par l'art. 282 de la coutume, le père et la mère peuvent ordonner que le tiers affecté en Caux aux puînés, « accroîtra aux survivans d'eux décé- » dés sans enfans, à l'exclusion de l'aîné ».

Les commentateurs observent cependant que cet accroissement ne se fait pas à titre de Substitution proprement dite; et en effet, il

ne peut avoir lieu qu'à défaut de disposition de la part des puînés qui prédécèdent.

Ils ajoutent que cet accroissement ne peut avoir lieu dans aucun autre degré; que le fils d'un puîné n'y peut rien prétendre, après la mort de son père, dans la succession d'un de ses oncles puînés; et que, si ce fils vient lui-même à décéder, ses oncles puînés ne peuvent partager la portion qu'il avait dans ce tiers; mais qu'elle retourne au frère puîné.

Ils rapportent encore un arrêt du 30 juin 1638, qui a jugé que cette espèce de Substitution, admise pour le tiers des puînés en Caux, ne pouvait avoir lieu pour la dot des filles.

§. X. *Coutume de Hainaut.*

Nous n'avons rien à ajouter sur la prohibition de substituer dans cette coutume, à ce que nous en avons dit sous les mots *Renvoi de biens.*

§. XI. *Coutume de Berri.*

Quelques auteurs ont rangé la coutume de Berri dans la classe des lois municipales qui proscrivent les Substitutions fidéicommissaires; mais ils se sont évidemment trompés. Elle porte, il est vrai, tit 18, art. 1, que « chacun peut faire testament, et par icelui » faire *première institution d'héritier*, tant de » celui qui lui doit succéder *ab intestat*, que » d'autre personne étrange »...; mais ces termes, *première institution*, ne caractérisent rien qui puisse exclure l'idée d'un fidéicommis; ils ne sont employés dans le droit romain que par opposition à ce qu'on appelle *Substitution directe* (1); et l'on sentira qu'ils ne peuvent pas avoir un autre sens dans cette coutume, si l'on fait attention qu'elle a été rédigée par M. le premier président Lizet, grand amateur du droit écrit. Ainsi, tout ce qui résulte de sa disposition, c'est qu'elle n'admet pas les Substitutions directes; et dans le fait, il a été jugé par arrêt du 19 août 1767, après un *consultis classibus*, que les fidéicommis universels n'y sont nullement prohibés. Cet arrêt, rapporté par l'additionnaire de Denisart, a été rendu à la deuxième chambre des enquêtes, au rapport de M. Gayet de Sensale, entre la veuve Vivier et les sieurs Sagordet.

§. XII. *Coutumes de Meaux, de Chaumont et de Vitry.*

Ces trois coutumes déclarent nulles les institutions d'héritiers testamentaires, et ne permettent pas qu'on les fasse valoir comme legs (1). Peut-on conclure de là qu'elles interdisent les Substitutions fidéicommissaires?

Non, répond Ricard (à l'endroit cité, n° 62), « parcequ'il s'y rencontre une différence tout entière. Ces coutumes ne souffrent pas l'institution d'héritier par testament, par la considération de ce qu'elles » veulent que, suivant la coutume générale » de la France, l'héritier légitime qu'elles » ont donné au testateur, demeure saisi de » ses biens: mais cette règle n'est pas violée » par le fidéicommis, non plus que par le » legs. Aussi cette question s'étant depuis peu » présentée, elle a été jugée au profit des fidéicommissaires, par deux arrêts, l'un rendu » à la chambre de l'édit du parlement de » Rouen, le 26 août 1648, pour la terre de » Sancy; et l'autre intervenu à la seconde » chambre des enquêtes du parlement de Paris, au rapport de M. Magdelaine, en 1658, » au profit du baron de Poussé, contre la » dame de Guesdon, pour la terre d'Esclavolet. Il y a eu requête civile contre ce dernier, laquelle ayant été plaidée, par arrêt » rendu à l'audience de la même chambre, » le 12 mai 1660, le demandeur a été débouté » des lettres en forme de requête civile par » lui obtenues sans dépens, sur les conclusions de M. l'avocat-général Talon; plaidant Le Mazier et Sevin ».

[[§. XIII. *Dispositions de la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792. Questions auxquelles ces dispositions ont donné lieu. Lois particulières au Piémont et à la Ligurie.*

I. La loi des 25 octobre et 14 novembre 1792 a prohibé, pour l'avenir, les Substitutions fidéicommissaires, et a éteint celles qui, créées antérieurement, n'étaient pas encore ouvertes à l'époque de sa publication. Voici ses termes:

« Art. 1. Toutes Substitutions sont interdites et prohibées à l'avenir.

» 2. Les Substitutions faites avant la publication du présent décret, par quelques

(1) *Instituti dicuntur primo gradu; substituti secundo vel tertio.* (Loi 1, D. *de vulgari*).

« Les Substitutions directes ne sont que des institutions subsidiaires, au défaut des premières ». Ce sont les termes de Laurière, *traité des Institutions contractuelles*, chap. 7, n° 7.

(1) *V.* l'article *Héritier*, sect. 1, §. 1, n° 7.

actes que ce soit, qui ne seront pas ouvertes à l'époque de ladite publication, sont et demeurent abolies et sans effet.

» 3. Les Substitutions ouvertes lors de la publication du présent décret, n'auront d'effet qu'en faveur de ceux seulement qui auront alors recueilli les biens substitués, ou le droit de les réclamer ».

II. Quel a été le motif du premier de ces articles? Ecoutons M. Bigot-Préameneu, présentant au corps législatif, dans sa séance du 2 floréal an 11, l'*exposé des motifs* du titre *des donations entre-vifs et des testamens* du Code civil:

« Parmi les règles communes à tous les genres de dispositions, la plus importante est celle qui confirme l'abolition des Substitutions fidéicommissaires.

» Cette manière de disposer, dont on trouve les premières traces dans la législation romaine, n'entra point dans son système primitif de transmission des biens. Le père de famille put, avec une entière indépendance, distribuer sa fortune entre ceux qui existaient pour la recueillir. Ils n'eurent point l'autorité de créer à leur gré un ordre de succession, et d'enlever ainsi la prérogative de ceux qui, dans chaque génération, devaient aussi être investis de la même magistrature.

» L'esprit de fraude introduisit les Substitutions: l'ambition se saisit de ce moyen, et l'a perpétué.

» On avait réussi à éluder la loi pour avantager des personnes incapables de recevoir; on essaya le même moyen pour opérer une transmission successive au profit même de ceux qui ne seraient point sous le coup des lois exclusives.

» Ce ne fut que sous Auguste, dans le huitième siècle depuis la fondation de Rome, que les fidéicommis au profit de personnes capables, furent autorisés par les lois.

» En France, on comptait dix coutumes qui formaient environ le cinquième de son territoire, où la liberté de substituer avait été défendue, ou au moins resserrée dans des bornes très-étroites.

» Dans le reste de la France, les Substitutions furent d'abord admises d'une manière aussi indéfinie que chez les Romains, qui n'avaient point mis de bornes à leur durée.

» Il était impossible de concilier avec l'intérêt général de la société, cette faculté d'établir un ordre de succession perpétuel et particulier à chaque famille, et même un ordre particulier à chaque propriété qui était l'objet des Substitutions. L'ordonnance d'Orléans, de 1560, régla que celles qui seraient faites à l'avenir, ne pourraient excéder deux degrés; mais ce remède n'a point fait cesser les maux qu'entraîne cette manière de disposer.

» L'expérience a prouvé que, dans les familles opulentes, cette institution n'ayant pour but que d'enrichir l'un de ses membres en dépouillant les autres, était un germe toujours renaissant de discorde et de procès. Les parens nombreux qui étaient sacrifiés, et que le besoin pressait, n'avaient de ressource que dans les contestations qu'ils élevaient, soit sur l'interprétation de la volonté, soit sur la composition du patrimoine, soit sur la part qu'ils pouvaient distraire des biens substitués, soit enfin sur l'omission ou l'irrégularité des formes exigées.

» Chaque grevé de Substitution n'étant qu'un simple usufruitier, avait un intérêt contraire à celui de toute amélioration; ses efforts tendaient à multiplier et à anticiper les produits qu'il pourrait retirer des biens substitués, au préjudice de ceux qui seraient appelés après lui, et qui chercheraient, à leur tour, une indemnité dans de nouvelles dégradations.

» Une très-grande masse de propriétés se trouvait perpétuellement hors du commerce. Les lois qui avaient borné les Substitutions à deux degrés, n'avaient point paré à cet inconvénient: celui qui, aux dépens de sa famille entière, avait joui de toutes les prérogatives attachées à un nom distingué et à un grand patrimoine, ne manquait pas de renouveler la même disposition; et si, par le droit, chacune d'elles était limitée à un certain temps, elles devenaient, par le fait de leur renouvellement, des Substitutions perpétuelles.

» Ceux qui déjà étaient chargés des dépouilles de leurs familles, avaient la mauvaise foi d'abuser des Substitutions pour dépouiller aussi leurs créanciers: une grande dépense faisait présumer de grandes richesses; le créancier qui n'était pas à portée de vérifier les titres de propriété de son débiteur, ou qui négligeait de faire cette perquisition, était victime de sa confiance; et dans les familles auxquelles les Substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite.

» Les Substitutions ne conservaient des biens dans une famille, qu'en sacrifiant tous ses membres pour réserver à un seul l'éclat de la fortune; une pareille répartition ne pouvait être établie qu'en étouffant tous les sentimens de cette affection qui est la première base d'une juste transmission des biens entre

les parens. Il ne saurait y avoir un plus grand vice dans l'organisation d'une famille, que celui de tenir dans le néant tous ses membres, pour donner à un seul une grande existence; de réduire ceux que la nature a faits égaux, à implorer les secours et la bienfaisance du possesseur d'un patrimoine qui devrait être commun; et rarement l'opulence, surtout lorsque son origine n'est pas pure, inspire des sentimens de bienfaisance et d'équité.

» Enfin, si les Substitutions peuvent être mises au nombre des institutions politiques, on y supplée d'une manière suffisante et propre à prévenir les abus, en donnant, pour disposer, toute la liberté compatible avec les devoirs de famille.

» Ce sont tous ces motifs qui ont déterminé à confirmer l'abolition des Substitutions, déjà prononcée par la loi d'octobre 1792 ».

III. L'art. 2 de la loi citée a fait naître quelques questions sur lesquelles nous devons nous expliquer.

Et d'abord, cet article, en tant qu'il enlève aux substitués existans à l'époque de la publication de la loi dont il fait partie, l'espérance de recueillir les Substitutions qui peuvent s'ouvrir par la suite à leur profit, n'est-il pas abrogé par l'art. 12 de la loi du 3 vendémiaire an 4, lequel porte que « la loi du » 5 brumaire an 2, celle du 17 nivôse suivant » en ce qui n'y est point dérogé, celle du » 7 mars 1793, sur les dispositions en ligne » directe, et *toutes lois antérieures* non abro» gées, relatives aux divers modes de trans» mission des biens, auront leur exécution, » *chacune à compter du jour de sa publica*» *tion* »?

Il est certain que la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, en abolissant les Substitutions non encore ouvertes, se donne à elle-même un effet rétroactif. Car c'est rétroagir, que d'annuler législativement, après le décès d'un testateur, une condition sous laquelle, en se conformant aux lois en vigueur à l'époque de sa mort, il avait éventuellement appelé une ou plusieurs personnes à recueillir ses biens.

Mais l'art. 12 de la loi du 3 vendémiaire an 4 n'a pas fait cesser cette rétroactivité. Tel n'était pas son objet; et ce n'est ni dans ce sens qu'il a été entendu par ses rédacteurs, ni dans ce sens qu'il a été exécuté. *V.* les articles *Choix*, §. 1, et *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 1, n° 4.

IV. A qui doit profiter l'abolition des Substitutions fidéicommissaires prononcée par la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, lorsque, par un testament fait avant la publication de cette loi, le testateur s'est ainsi exprimé : *J'institue un tel héritier de tous mes biens immeubles, pour en jouir seulement pendant sa vie, mon intention étant, qu'après sa mort, ces mêmes biens retournent à un tel; et en cas que celui-ci meure sans enfans, je lui substitue un tel?* Est-ce l'héritier institué qui, par l'effet de l'abolition des Substitutions, devient propriétaire incommutable des biens, ou demeure-t-il simple usufruitier? Et dans ce cas, est-ce en faveur de la personne appelée immédiatement après lui, ou bien est-ce au profit de l'héritier *ab intestat*, que la Substitution est abolie?

Un arrêt de la cour de cassation, du 19 nivôse an 12, rapporté dans mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 5, a jugé que, dans ce cas, l'institué est devenu propriétaire libre et incommutable, par l'effet de la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792.

V. Celui qui, se trouvant appelé à une Substitution ouverte peu de temps avant la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, était alors en état d'émigration, a-t-il pu après avoir obtenu un brevet d'amnistie, revendiquer, sur l'héritier du dernier possesseur, les biens qui étaient l'objet de cette Substitution?

Le 10 août 1792, décès de Stanislas de Clermont-Tonnerre, grevé au profit de Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre, d'une Substitution créée par le testament du maréchal de Clermont-Tonnerre, dont il sera parlé ci-après, sect. 15, n° 1.

Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre était alors absent du territoire français, et il fut, comme tel, inscrit sur deux listes d'émigrés : d'abord, sur celle du département des Vosges, par arrêté du 21 novembre 1792; ensuite, sur celle du département de la Seine, par arrêté du 23 mai 1793. Les biens frappés de Substitution, demeurèrent donc confondus avec la succession de Stanislas de Clermont-Tonnerre, et la fille de celui-ci s'en mit en possession.

Après la promulgation du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre obtint un brevet d'amnistie; et muni de cet acte, il forma, contre la demoiselle de Clermont-Tonnerre, une demande en délaissement des biens qui avaient été substitués à son profit.

Le tribunal de première instance du département de la Seine, et, après lui, la cour d'appel de Paris, ont rejeté cette demande,

« Attendu que, suivant les lois des 23 octobre 1792 et 28 mars 1793 l'individu qui avait quitté le territoire français depuis le 14 juillet 1689, et qui n'avait pas justifié de sa rentrée avant le 9 mai 1792, était considéré comme émigré depuis cette époque ;

» Que l'inscription sur la liste des émigrés ne pouvait être regardée comme la date fixe du fait de l'émigration ; que Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre n'avait pas recueilli les biens substitués à l'époque de la publication de la loi du 14 novembre 1792 ;

» Qu'à cette époque, il était émigré, quoiqu'il n'eût été inscrit que postérieurement sur la liste des émigrés ;

» Que par conséquent il n'avait pas alors le droit de réclamer ces biens ; que, par conséquent encore, la Substitution se trouvait abolie au profit de l'héritier du grevé, possesseur des biens substitués ;

» Enfin, que la nation n'a pas eu de droit à cette Substitution, parceque la loi qui a aboli les Substitutions en faveur des héritiers grevés, ne porte ni réserve ni exception en faveur de la nation ».

Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre s'est pourvu en cassation, et a soutenu qu'en prononçant ainsi, le tribunal de première instance et la cour d'appel avaient fait une fausse application, et des lois relatives aux émigrés, et de la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, portant abolition des Substitutions fidéicommissaires.

« Dans notre ancien droit français (a-t-il dit), les condamnations qui emportaient mort civile, ne produisaient cet effet que du jour de leur exécution ; et ce principe a été confirmé par l'art. 26 du Code civil. Les lois relatives aux émigrés, y avaient-elles dérogé ? Non. Les lois des 23 octobre 1792 et 28 mars 1793, ont bien déclaré que ceux-là étaient émigrés, qui, ayant quitté le territoire français depuis le 14 juillet 1789, n'avaient pas justifié de leur rentrée avant le 9 mai 1792 ; mais on ne peut induire de là que, sans distinction du temps de leur départ et de leur inscription sur la liste des émigrés, ils seraient tous considérés comme émigrés et frappés de mort civile, à compter du 9 mai 1792. Il en résulte seulement qu'à mesure qu'on a été instruit de leur absence, ils ont dû être déclarés émigrés et inscrits comme tels sur la liste des émigrés. L'inscription sur cette liste a pu seule constater le fait de l'émigration, et constituer en état de mort civile l'individu inscrit.

» C'est dans ce sens que M. le conseiller d'état chargé des domaines nationaux, a expliqué les lois relatives aux émigrés, dans une lettre du 6 pluviôse an 12 ; *La faculté de recueillir* (ce sont ses termes) *doit donc être jugée avoir appartenu à l'émigré jusqu'au jour auquel un corps administratif a porté son nom sur une liste, ou ordonné, par un arrêté, le séquestre de ses propriétés. Ainsi, l'amnistié qui demande d'être envoyé en possession des biens invendus d'une succession, doit produire, avec la preuve du décès, celle de la postériorité de son inscription ou de son séquestre ; et l'administration admet ou contredit ces preuves, soit d'après les listes, soit d'après les autres renseignemens qui peuvent faire foi du séquestre ordonné.*

» Ici, le demandeur n'a été inscrit sur la liste des émigrés, que le 21 novembre 1792 ; il n'avait donc perdu la vie civile qu'à partir de ce jour, qui était antérieur à la loi abolitive des Substitutions ; il pouvait par conséquent recueillir la Substitution ouverte le 10 août 1792, et réclamer les biens substitués à l'époque où la loi portant abolition des Substitutions, a été publiée ».

Par arrêt du 18 floréal an 13, rendu au rapport de M Target, et contre les conclusions de M. Daniels (dont on trouvera la substance ci-après, sect. 8, n° 11),

« Vu le décret du 23 octobre 1792, portant que *tous les émigrés français sont bannis à perpétuité du territoire de la république, et que ceux qui, au mépris de cette loi, y rentreraient, seront punis de mort ;*

» Vu l'art. 3 du décret du 25 octobre 1792, abolitif des Substitutions, lequel article décrète le 14 novembre suivant, et portant : *Les Substitutions ouvertes lors de la publication du présent décret, n'auront d'effet qu'en faveur de ceux seulement qui avaient alors recueilli les biens substitués ou le droit de les réclamer ;*

» Attendu qu'en jugeant que, pour pouvoir demander les biens substitués à leur profit, il fallait que les appelés eussent eu et qu'ils eussent conservé le droit de les réclamer, jusqu'au jour de la publication de ce décret, l'arrêt attaqué n'a contrevenu à aucune loi, mais s'est, au contraire, conformé aux dispositions et à l'intention de la loi du 14 novembre ;

» Que pareillement l'arrêt attaqué n'a contrevenu à aucune loi, en jugeant que Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre, inscrit le 21 novembre 1792, sur la liste des émigrés du district de Neufchâteau, ne peut pas dater de cette époque, celle de son émigration ; que le fait de cette émigration est nécessairement

antérieur à son inscription sur la liste au moins de plusieurs jours, et par conséquent antérieur à l'époque de la publication du décret du 14 novembre 1792; d'où s'ensuivait que, banni à perpétuité du territoire de la république, par le décret du 23 octobre précédent, il n'avait plus, à la date de cette publication du décret du 15 novembre, le droit de réclamer les biens substitués dont il s'agit;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

V. ci-après, sect. 17, n° 2.

VI. La loi du 14 novembre 1792 a-t-elle dérogé aux transactions qui, sous l'ancien régime, avaient confirmé des Substitutions attaquées par les grevés?

Le 20 janvier 1781, Charles-Aimable Gauthier de Clefs fait un testament par lequel, en laissant tous ses biens à son fils, il le grève de Substitution au profit de ses enfans légitimes, et à défaut d'enfans, au profit de ses parens collatéraux.

Après la mort du testateur, le sieur Gauthier de Clefs fils met en coupe extraordinaire des bois considérables, et les vend.

Le curateur à la Substitution le fait assigner, ainsi que les acquéreurs, pour voir annuler ces ventes.

Le 12 mai 1786, transaction par laquelle le curateur, autorisé par un avis de parens, consent 1° que le sieur Gauthier fils emploie le prix des bois qu'il a indûment vendus, au paiement de ses dettes personnelles; 2° que, si ce prix ne suffit pas pour éteindre ses dettes personnelles, il soit vendu d'autres bois pour en compléter le paiement; 3° que le sieur Gauthier fils conserve à son profit les sommes dépendantes de la succession, qu'il a touchées. Le sieur Gauthier, de son côté, reconnaît valable la Substitution dont il est grevé par le testament de son père, et s'oblige de l'exécuter.

Le lendemain, cette transaction est homologuée par la sénéchaussée de la Flèche.

Après la publication de la loi du 14 novembre 1792, le sieur Gauthier fils fait assigner le curateur à la Substitution et le tuteur *ad hoc* de ses enfans nés et à naître, pour voir dire que, conformément à cette loi, la Substitution demeurera comme non avenue, et qu'il lui sera libre de disposer des biens substitués.

Le 12 ventôse an 2, jugement du tribunal du district de la Flèche, qui déclare le sieur Gauthier non-recevable dans sa demande, attendu que le maintien de la Substitution dont il a été grevé par son père, était une des conditions de la transaction sur procès du 12 mai 1786.

Et sur l'appel, jugement du tribunal civil du département de Maine et Loire, du 8 thermidor an 7, qui déclare qu'il a été bien jugé.

Mais sur le recours en cassation de la part du curateur à la succession vacante du sieur Gauthier fils, arrêt du 17 novembre 1812, au rapport de M. Reuvens, par lequel,

« Vu la loi 9, §. 1, et la loi 5, D. *de transactionibus;*

» Considérant que la transaction sur laquelle se fonde le jugement du tribunal civil du département de Maine et Loire, est du 12 mai 1786; que, dès-lors, il est impossible de dire que les parties ont prévu ou pu prévoir l'abolition des Substitutions établie par le décret du 14 novembre 1792;

» D'où il suit que le tribunal civil du département de Maine et Loire, s'étayant de ladite transaction pour maintenir la Substitution dont il s'agit, a méconnu les dispositions des lois précitées, puisées dans la nature des choses, et, par suite, a violé le décret du 14 novembre 1792;

» Par ce motif, la cour casse et annulle..».

VII. Les Substitutions fidéicommissaires ont été abolies dans le Piémont, par deux lois des 6 frimaire an 8 et 13 nivôse an 9, qui sont rapportées au mot *Primogéniture.*

Elles l'ont été également dans la Ligurie, par une loi du 26 mars 1799, dont on trouvera la substance au commencement de l'article *Ligurie.*

§. XIV. *Dispositions du Code civil. Dérogation qu'y fait la loi du 17 mai 1826. Questions auxquelles, dans les cas non compris dans cette dérogation, elles donnent lieu. Exceptions transitoires qu'elles souffrent par rapport à quelques pays actuellement étrangers à la France, mais encore régis par le Code civil.*

I. « Les Substitutions sont prohibées.

» Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire ».

Telles sont les dispositions de l'art. 896 du Code civil, tel qu'il a été décrété le 13 floréal an 11 (3 mai 1803).

Mais, dans la nouvelle rédaction qui en a été décrétée le 3 septembre 1807, ces deux dispositions sont modifiées par une exception ainsi conçue:

« Néanmoins, les biens libres formant la » dotation d'un titre héréditaire que le roi » aura érigé en faveur d'un prince ou d'un » chef de famille, pourront être transmis » héréditairement, ainsi qu'il est réglé par » l'acte du 30 mai 1806, et celui du 14 août » suivant ».

A cette exception, pour l'organisation de laquelle il a été rendu, le premier mars 1808, un décret qui est rapporté sous le mot *Majorat*, §. 6, l'art. 887 en ajoute une autre non moins remarquable: « Sont exceptées (porte-» t-il), des deux premiers paragraphes de » l'article précédent, les dispositions per-» mises aux pères et mères et aux frères et » sœurs, au chap. 6 du présent titre »; ce qui signifie,

Qu'aux termes de l'art. 1048, « les biens » dont les pères et mères ont la faculté de » disposer, pourront être par eux donnés, » en tout ou en partie, à un ou à plusieurs » de leurs enfans, par actes entre-vifs ou tes-» tamentaires, avec la charge de rendre ces » biens aux enfans nés et à naître, au pre-» mier degré seulement, desdits donatai-» res »;

Qu'aux termes de l'art. 1049, « sera valable, » en cas de mort sans enfans, la disposition » que le défunt aura faite par acte entre-vifs » ou testamentaire, au profit d'un ou plu-» sieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou » partie des biens qui ne sont point réservés » par la loi dans sa succession, avec la charge » de rendre ces biens aux enfans nés et à » naître, au premier degré seulement, des-» dits frères ou sœurs donataires »;

Et qu'aux termes de l'art. 1050, « les dis-» positions permises par les deux articles » précédens, ne seront valables qu'autant que » la charge de restitution sera au profit de » tous les enfans nés et à naître du grevé, sans » exception ni préférence d'âge ou de sexe ».

Mais à cette seconde exception, la loi du 17 mai 1826 en substitue une beaucoup plus large. Voici ses termes :

« Les biens dont il est permis de disposer, » aux termes des art. 913, 915 et 916 du Code » civil, pourront être donnés en tout ou en » partie, par acte entre-vifs ou testamen-» taire, avec la charge de les rendre à un ou » plusieurs enfans du donataire, nés ou à » naître, jusqu'au deuxième degré inclusive-» ment ».

II. Lorsqu'au mépris de la défense consignée dans le premier paragraphe de l'art. 896 du Code civil, et hors des cas exceptés tant par le même article que par la loi du 17 mai 1826, l'auteur d'une libéralité la grève d'une Substitution fidéicommissaire, la Substitution annulle-t-elle la libéralité, ou n'y a-t-il de nul que la Substitution elle-même ?

« Cette question (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 4 janvier 1808, en portant la parole sur la demande de Pierre Rayet en cassation de l'arrêt de la cour d'appel d'Agen, du 30 avril 1806, rapporté aux mots *Institution d'héritier*, sect. 1, n° 7), cette question qui, depuis quelque temps, divise si étrangement les esprits, et sur laquelle les cours supérieures ont elles-mêmes varié, cette question ne paraissait pas devoir naître du texte qui y donne lieu; et il a fallu toute la perspicacité de l'intérêt personnel pour trouver à ce texte un sens différent de celui qu'il présente à la première vue. *Les Substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.* Voilà ce que porte l'art. 896 du Code civil; et il n'est pas un homme de bonne foi qui ne convienne qu'à la première lecture qu'il a faite de cet article, sa pensée a été que cet article annulle, non-seulement la Substitution, mais encore la donation, le legs ou l'institution d'héritier.

» C'est déjà un grand argument en faveur de l'opinion adoptée par la cour d'appel d'Agen. *Les lois*, dit Montesquieu, liv. 29, chap. 16, *ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement; elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille.* Ainsi, l'art. 896 du Code civil n'a pas seulement été fait pour les jurisconsultes, pour les initiés dans la jurisprudence, il a été fait pour tout le monde; et puisque, dans le silence des subtilités du droit, tout le monde attache à ses paroles un sens uniforme, il est bien à croire que ce sens est effectivement le sien.

» Mais ce n'est là qu'une présomption; et comme toute présomption doit céder à une preuve contraire, il est de notre devoir de peser, dans une exacte et sévère impartialité, les raisons que l'on oppose à l'interprétation, pour ainsi dire, populaire de l'art. 896 du Code civil.

» Ces raisons, dépouillées de tout l'art avec lequel vous les a présentées le savant et habile défenseur de Jean-Pierre Rayet (1), et

(1) M. Mailhe, avocat au conseil d'état et à la cour de cassation.

79277

réduites à leur véritable substance, consistent à dire,

» Que les deux parties de l'article dont il s'agit, ne forment pas deux textes séparés; qu'elles n'en composent réellement qu'un seul; que l'une établit un principe, et que l'autre en tire la conséquence; que le principe est que les Substitutions sont prohibées; que la conséquence est que les Substitutions faites nonobstant la prohibition de la loi, sont nulles et sans effet; que la seconde partie de l'article ne renferme réellement que cette conséquence; que la preuve en est que, par cette seconde partie, l'article ne déclare nulle que la *disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers;* qu'une telle disposition ne constitue, ne caractérise qu'une Substitution; qu'elle est indépendante de la donation, de l'institution, du legs;

» Que la loi n'annulle pas toute disposition contenant la charge, ou faite à la charge de conserver et de rendre à un tiers, mais, ce qui est bien différent, toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire est chargé de conserver et de rendre; qu'il n'y a donc d'annulé que la disposition formant la charge; que, par conséquent, la disposition grevée de cette charge, n'est pas atteinte; qu'elle demeure, par conséquent, dans sa validité naturelle;

» Que cette interprétation doit d'autant plus prévaloir, qu'outre qu'elle s'accorde avec la lettre de la loi, elle se concilie encore avec la règle générale, écrite dans l'art. 900 du Code, savoir, que, dans tous les actes de libéralité, les conditions contraires aux lois sont réputées non écrites; *vitiantur et non viciant;* que, si le législateur avait voulu déroger à cette règle pour les Substitutions, il l'aurait fait d'une manière positive et formelle; et que cette dérogation formelle et positive, il s'en faut beaucoup qu'on la trouve dans la deuxième partie de l'art. 896, puisqu'au contraire cette deuxième partie, entendue dans son sens littéral, ne fait qu'appliquer la règle générale aux Substitutions;

» Qu'il ne faut pas, d'ailleurs, s'inquiéter des mots, *même à l'égard du donataire, de l'héritier ou du légataire,* qui terminent cette deuxième partie; que ces mots ne signifient rien autre chose, si ce n'est que la charge de conserver et de rendre, n'est pas obligatoire, même pour le légataire, l'héritier institué ou le donataire; que le légataire, l'héritier institué, le donataire est affranchi de cette charge, qu'il peut la mépriser, qu'il n'en résulte contre lui aucune action;

» Que tel est le sens dans lequel l'orateur du tribunat a présenté ces mots dans son rapport au corps législatif: *Je donne une maison à Pierre* (a-t-il dit), *à la charge de la rendre à Jean: c'est une disposition qui sera nulle, même en faveur de Pierre;*

» Que, si l'on pouvoit donner un autre sens à l'art. 896, il faudrait aller jusqu'à dire que si, contre la défense écrite dans l'art. 951, un droit de retour était stipulé dans une donation entre-vifs au profit de tout autre que le donateur, il entraînerait la nullité de la donation elle-même: ce qui n'est jamais venu, ce qui ne viendra jamais à l'idée de personne;

» Qu'enfin, pour que l'on pût raisonnablement s'écarter de ce sens, il faudrait que la loi, ainsi interprétée, ne cadrât plus avec les vues du législateur; mais que les vues du législateur sont parfaitement remplies par cette manière d'entendre ses expressions; que le législateur n'a voulu que prohiber les Substitutions fidéicommissaires; que, pour assurer l'efficacité de sa prohibition, il suffit d'annuler les Substitutions faites au mépris de sa prohibition même; que la nullité des Substitutions est, pour sa prohibition, une sanction suffisante; qu'il n'a pas voulu aller au-delà; et qu'on ne peut pas aller au-delà de sa volonté.

» Telle est, MM., la substance des raisons qui étayent le système condamné par l'arrêt dont on vous demande la cassation.

» Ce système, nous devons en convenir, est fort spécieux; mais résistera-t-il à une discussion froide et impartiale de tous ses élémens?

» Et d'abord, remarquons qu'il ne tend à rien moins qu'à faire tomber, sur les rédacteurs de l'art. 896 du Code civil, le reproche d'avoir, pour ainsi dire, amoncelé, dans cet article, les pléonasmes les plus étranges.

» Si les rédacteurs de l'art. 896 ne voulaient que rendre sans effet les Substitutions qu'ils prohibaient, que devaient-ils dire? Rien de plus que ce que contient la première partie de l'article: *les Substitutions sont prohibées.* Avec ces seuls mots, ils annulaient les Substitutions; ils en affranchissaient les donataires, les héritiers institués, les légataires; ils remplissaient entièrement leur objet.

» Ils n'auraient donc pas eu besoin, dans cette hypothèse, d'ajouter: *Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle.* En ajoutant cette deuxième partie, ils n'auraient fait que

répéter, en d'autres termes, ce qu'ils avaient déjà dit dans la première; ils n'auraient fait que délayer dans une phrase plus et fort inutilement allongée, ce qu'ils avaient déjà dit dans la première : *Les Substitutions sont prohibées.*

» Et nous expliquera-t-on comment, dans la déraisonnable supposition qu'ils n'eussent voulu, dans la seconde partie, que répéter la première, ils auraient cependant séparé la première de la seconde, par un alinéa? Nous dira-t-on pourquoi ils n'auraient pas dans cette supposition choquante, placé la répétition immédiatement et sans alinéa, à la suite de la disposition dont elle n'eût été que la paraphrase? Nous apprendra-t-on quel aurait pu être le motif d'un arrangement aussi bizarre de paroles?

» Mais ce n'est pas tout. Cette répétition de la première partie de l'art. 896, que l'on croit trouver dans la seconde, ce serait bien assez qu'elle y fût une fois; ce serait bien assez que le législateur eût manqué une fois à la première règle qui doit guider le rédacteur d'une loi, celle de n'y rien insérer d'inutile; ce serait bien assez qu'après avoir dit, *les Substitutions sont prohibées*, il eût ajouté par alinéa, *Les Substitutions sont nulles*. Il n'eût pas dû craindre qu'une explication aussi évidemment superflue, laissât encore le moindre nuage sur sa pensée; content d'avoir été aussi prolixe et de l'avoir été aussi surabondamment, il se serait certainement arrêté là.

» Cependant il faut aller plus loin dans le système de Jean-Pierre Rayet : il faut supposer qu'à cette première répétition de la défense de substituer, qu'à cette première répétition d'une défense qui emporte nécessairement la peine de nullité, il en ajoute une seconde, en disant : *même à l'égard du donataire, héritier institué ou légataire*. Il faut supposer qu'il se plait à entasser répétitions sur répétitions. Il faut supposer qu'au lieu d'un texte de loi, il rédige un commentaire verbeux.

» Et combien ces suppositions ne deviennent-elles pas ridicules, lorsqu'on fait attention que l'art. 896 n'a pas été improvisé dans la rédaction du Code; qu'il était tout au long dans le projet préparé par la commission que le gouvernement avait nommée dès l'année 1800, et qu'il avait composée d'hommes qui, certes, connaissaient le style législatif, MM. Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu et Maleville; qu'il a été conservé par la section de législation, et présenté par elle au conseil d'état; que le conseil d'état l'a adopté; que le tribunat n'y a proposé aucun changement, n'y a fait aucune observation; que le corps législatif l'a sanctionné par ses suffrages;

» En sorte que les vices de rédaction qu'il faut admettre, pour soutenir l'opinion proscrite par la cour d'appel d'Agen, feraient la satire de tout ce qu'il y a en France de plus éclairé, de plus judicieux, de plus recommandable.

» Mais ce n'est pas assez de faire voir que cette opinion choque toutes les vraisemblances : nous devons encore, en mettant de côté les raisons personnelles que nous avons de ne pas douter qu'elle ne soit en opposition diamétrale avec l'intention dans laquelle a été rédigé l'art. 896, nous devons encore démontrer qu'elle ne repose que sur une confusion de mots, sur une pure équivoque, sur une interprétation démentie par le texte même de la loi.

» Que signifient, dans l'art. 896, ces termes : *Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers?* A entendre Jean-Pierre Rayet, ils sont purement, ils sont nécessairement synonymes de ceux-ci, *toute Substitution :* il n'en est pas de la phrase, *toute disposition contenant charge de conserver et de rendre*, comme de la phrase, *toute disposition par laquelle le donataire est chargé de conserver et de rendre à un tiers* : la première porterait sur la donation comme sur la charge dont elle serait grevée; mais la seconde ne porte que sur la charge qui grève la donation; et ce n'est pas la première phrase, c'est la seconde qui compose la deuxième partie de l'art. 896. En deux mots, la deuxième partie de l'art. 896 équipolle exactement à celle-ci : *Toute disposition formant charge de conserver et de rendre à un tiers*, ou, ce qui revient au même, *toute Substitution est nulle.*

» Il faut, en convenir, messieurs, si, par une *disposition qui charge le donataire de conserver et de rendre à un tiers*, on ne peut entendre que la Substitution dont le donataire est grevé par l'acte même qui le gratifie, l'interprétation de Jean-Pierre Rayet est nécessairement vraie, et la vérité de son interprétation entraîne nécessairement celle de son système.

» Il faut convenir encore que les auteurs définissent le plus communément la Substitution, *une disposition par laquelle le donataire est chargé de conserver et de rendre à un tiers la chose qui lui a été donnée.*

» Mais, ce à quoi Jean-Pierre Rayet et les partisans de son système ne font pas attention, c'est qu'en définissant ainsi la Substitu-

tion, les auteurs ne la considèrent que dans un sens abstrait; c'est que, dans sa véritable acception, dans son acception naturelle, le mot *Substitution* ne désigne pas une disposition proprement dite, mais seulement la clause par laquelle une disposition est grevée de la charge de conserver et de rendre.

» En effet, celui qui crée une Substitution, ne fait pas deux dispositions distinctes; il n'en fait qu'une seule; il dit, *Je donne tel bien à Pierre, à la charge par lui de le rendre à Jean lorsqu'il mourra;* et ces termes ne présentent évidemment qu'une phrase qui se compose de deux parties, l'une qui donne à Pierre, l'autre qui, après la mort de Pierre, appelle Jean.

» De ces deux parties de la même phrase, l'une ne constitue pas plus que l'autre la disposition du testateur, c'est par le concours, c'est par le cumul de l'une et de l'autre, que la disposition du testateur est formée. Otez les mots *Je donne à Pierre*, les mots *à la charge de rendre* n'auront plus aucun sens. Otez les mots *à la charge de rendre*, les mots *Je donne à Pierre* formeront bien une disposition, mais ce ne sera plus la disposition voulue par le testateur.

» Donc, pour trouver la disposition du testateur, il faut réunir les deux parties de sa phrase.

» Donc, à prendre les termes dans leur sens propre, dans leur sens naturel, c'est des deux parties de la phrase que l'on est censé parler, toutes les fois que l'on parle de la disposition du testateur par laquelle le donataire est chargé de rendre.

» Donc, ce n'est que dans un sens abstrait, dans un sens impropre, que les mots *disposition par laquelle le donataire est chargé de rendre*, peuvent être entendus comme signifiant *Substitution*.

» Donc, ces mots peuvent être entendus dans deux sens.

» Donc, c'est par les termes qui les précèdent et qui les suivent, c'est par l'ensemble de la loi, que l'on doit juger lequel de ces deux sens est celui dans lequel le législateur les a employés.

» Donc, c'est ici, plus que jamais, le cas d'appliquer cette sage maxime que nous trace la loi 24, *de legibus*, au Digeste: *incivile est, nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere.*

» Or, si, au lieu d'isoler, dans l'art. 896, les mots, *disposition par laquelle le donataire est chargé de conserver et de rendre*, on les rapproche, et des termes qui les précèdent, et des termes qui les suivent, et des art. 897, 1048, 1049 et 1050, quel est l'homme à qui il pourra encore rester le plus léger doute sur la fausseté de l'interprétation que Jean-Pierre Rayet donne à ces mots?

» Les termes qui, dans l'art. 896, précèdent ceux dont il s'agit, forment la première partie de cet article: *les Substitutions sont prohibées;* et, nous l'avons déjà remarqué, si, par les termes dont il s'agit, le législateur ne désignait que les clauses de Substitution apposées à des donations, s'il ne désignait pas par ces termes les donations elles-mêmes auxquelles ces clauses sont apposées, rien au monde ne serait aussi ridicule que la construction de l'article pris dans son entier.

» D'une part, en effet, dans cette supposition, le législateur commencerait par prohiber les Substitutions, sans dire en quoi elles consistent; et il finirait par les déclarer nulles, en les définissant: tandis que, s'il entrait dans son objet de définir les Substitutions, l'ordre naturel des idées voudrait qu'il les définît à l'instant même où il les prohibe; et que le même membre de phrase en contînt à la fois la définition et la prohibition.

» D'un autre côté, en déclarant les Substitutions nulles, par la seconde partie de l'article, le législateur ne ferait que répéter, sans utilité, et sans autre but que celui de surcharger sa rédaction d'une fastidieuse redondance, la prohibition qu'il a faite par la première partie. Or, donner à la loi une interprétation qui la suppose aussi mal construite, c'est manquer à l'une des règles les plus triviales du droit: la loi 19, D. *de legibus*, nous dit expressément que toutes les fois qu'un mot employé par une loi, présente un double sens, on doit préférer celui dans lequel la rédaction de la loi n'offre rien de vicieux; et que c'est là un des moyens les plus assurés de bien saisir l'intention du législateur: *in ambiguâ voce legis ea potiùs accipienda est significatio quæ vitio caret; præsertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.*

» Les termes qui, dans l'art. 896, suivent ceux dont il s'agit, nous conduisent encore au même résultat: en disant, *même en faveur du donataire*, le législateur, dans l'interprétation de Jean-Pierre Rayet, ne ferait que répéter une seconde fois que le donataire est dispensé d'exécuter la Substitution dont il se trouve grevé; il ne ferait que rendre sa rédaction de plus en plus dérisoire; et c'est assez dire que l'interprétation de Jean-Pierre Rayet ne peut pas être admise.

» Mais la nécessité de rejeter cette inter-

prétation deviendra plus sensible encore, si nous portons nos regards sur les art. 897, 1048, 1049 et 1050 du Code.

» Par l'art. 897, le législateur excepte *de l'article précédent, les dispositions permises aux pères et mères et aux frères et sœurs au chap. 6 du présent titre.* C'est donc par exception à l'article précédent, c'est donc par exception à l'art. 896, que le chap. 6 va s'occuper des dispositions permises aux pères, aux mères, aux frères et aux sœurs. Si donc, dans cette disposition, il valide, non-seulement les clauses de Substitution, mais encore les donations auxquelles ces clauses sont apposées, et s'il valide celles-ci comme celles-là par exception à l'art. 896, qu'aura-t-on encore à dire, et quel sera le scepticiste assez hardi pour hésiter encore à entendre l'art. 896 dans le sens que l'a entendu la cour d'appel d'Agen?

» Et bien? Voici ce que nous lisons dans le chap 6.

» L'art. 1048 commence par établir que *les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer,* pourront être par eux donnés, *en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfans, par actes entre-vifs ou testamentaires,* AVEC LA CHARGE DE RENDRE *ces biens aux enfans nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires.*

» Remarquez ces termes, messieurs: *pourront être par eux donnés.... avec la charge de rendre.* Ce n'est pas seulement, comme vous le voyez, sur *la charge de rendre,* que le législateur fait tomber l'exception qu'il a déclaré plus haut vouloir faire ici à l'art. 896; il la fait encore tomber, il la fait même tomber en première ligne, sur la *donation* grevée de cette charge. C'est donc par exception à l'art. 896, qu'il valide, non-seulement la charge de rendre, mais encore la donation que cette charge accompagne et modifie.

» L'art. 1049 est encore plus clair: sera valable, *en cas de mort sans enfans,* LA DISPOSITION *que le défunt aura faite, par acte entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession,* AVEC LA CHARGE DE RENDRE *ces biens aux enfans nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires.*

» *Sera valable.... la disposition.... avec la charge de rendre!* Quels traits de lumière jaillissent de ces termes rapprochés de l'art. 897! L'art. 897 annonce à l'avance qu'il y aura, dans le chap. 6, des exceptions aux règles établies par l'art. 896; et dans le chap. 6, nous trouvons un article qui déclare *valable une disposition avec la charge de rendre.* Donc cet article fait exception à l'art. 896; donc, sans cette exception, l'art. 896 nécessiterait l'annullation de la *disposition avec la charge de rendre* que l'art 1049 déclare valable; donc, par le droit commun qu'établit l'art. 896, *la disposition avec la charge de rendre,* est nulle. Il est impossible de résister à cette conséquence.

» *L'art. 1050 va la mettre dans un nouveau jour: Les* DISPOSITIONS PERMISES PAR LES DEUX ARTICLES PRÉCÉDENS, *ne seront valables qu'autant que* LA CHARGE DE RESTITUTION *sera au profit de tous les enfans nés et à naître du grevé, sans exception d'âge ou de sexe.*

» Si les dispositions avec la charge de rendre, qui occupent ici le législateur, ne sont *permises* que *par les deux articles précédens,* si elles ne sont valables que parceque les deux articles précédens les ont permises, elles sont donc nulles, hors des cas précisés par les deux articles précédens. L'art. 896 ne proscrit donc pas seulement *la charge de rendre;* il proscrit donc également la disposition dont la charge de rendre forme la condition.

» Qu'oppose-t-on maintenant à une démonstration aussi complète du véritable sens de l'art. 896?

» On oppose d'abord l'art. 951, qui, après avoir permis au donateur de stipuler le droit de retour des objets donnés, pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendans, déclare que *ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul.* Pourquoi, dit-on, le donateur ne peut-il pas stipuler qu'à son défaut, ce sera un tiers qui, par droit de retour, reprendra les biens donnés? C'est parcequ'une pareille stipulation formerait un fidéicommis. Si donc, au mépris de cette défense, un donateur stipule le retour et à son profit personnel et au profit de ses héritiers, sa stipulation, qui sera certainement nulle à l'égard de ceux-ci, entraînera-t-elle la nullité de la donation? La loi ne le dit pas et on ne peut pas ajouter à la loi: mais si la nullité d'une Substitution virtuellement comprise dans la stipulation d'un droit de retour à des tiers, laisse subsister la donation, comment pourrait-on faire rejaillir sur la donation la nullité d'une Substitution expresse et proprement dite?

» Un dilemme extrêmement simple va répondre à cette question.

» Ou la stipulation du droit de retour au profit de tout autre que le donateur, forme une Substitution fidéicommissaire; ou, comme l'a jugé un arrêt de la cour, du 11 frimaire

an 14, confirmatif d'un arrêt de la cour d'appel de Pau, rendu en faveur de la dame de Navailles contre le sieur de Larregoyen, il n'y a point de Substitution proprement dite dans une pareille stipulation (1).'

» Au premier cas, nul doute que la stipulation du droit de retour au profit d'un tiers, ne vicie la donation; et si l'art. 951 ne le dit pas, l'art. 696 le dit pour lui : il était inutile de répéter dans l'un, pour une espèce particulière, ce qui est écrit dans l'autre comme règle générale.

» Au second cas, la donation subsiste, nonobstant la nullité de la stipulation du droit de retour; mais c'est la chose du monde la plus indifférente pour notre question.

» On oppose, en second lieu, le discours de l'orateur du tribunat au corps législatif, sur le titre *des donations et testamens* du Code civil. Mais qu'a dit M. Jaubert dans ce discours? Écoutons-le lui-même : *Pour qu'une disposition à titre gratuit soit valable, la transmission devra s'opérer directement, et immédiatement de la part de l'auteur de la libéralité, en faveur de celui qui en sera l'objet....* JE DONNE OU LÈGUE MA MAISON A PIERRE, A LA CHARGE DE LA RENDRE A JEAN : *c'est cette disposition qui sera nulle même en faveur de Pierre.*

» *Même en faveur de Pierre*, s'écrie-t-on! Pierre, c'est-à-dire, le donataire grevé, profite donc de la nullité de la Substitution; et certainement, il ne pourrait pas en profiter, si la donation était nulle. Il est donc clair que, dans l'intention du tribunat, dans l'intention de l'une des branches du pouvoir législatif qui ont concouru à la formation de l'art. 896, la nullité de la Substitution n'entraîne pas celle de la donation.

» Mais qu'y a-t-il de nul, suivant le rapporteur du tribunat? C'est la *disposition* exprimée par les termes : *Je donne* ou *lègue ma maison à Pierre, à la charge de la rendre à Jean.* Ce n'est donc pas seulement la condition de rendre la maison à Jean, mais la disposition tout entière. Le rapporteur du tribunat condamne donc bien formellement le système de Jean-Pierre Rayet.

» Qu'importe qu'après avoir dit, *c'est cette disposition qui sera nulle*, le rapporteur ajoute, *même en faveur de Pierre?* Ou cette addition n'a point de sens, ce que bien sûrement on ne se permettra pas de supposer, ou elle forme une phrase elliptique, et elle signifie que *cette disposition sera nulle, même en tant que faite en faveur de Pierre.* Dans la première hypothèse, l'argument qui sort des mots, *cette disposition sera nulle*, conserve toute sa force primitive; dans la seconde, il acquiert un accroissement de force irrésistible.

» Pour dernière ressource, on vous dit, messieurs, que l'art. 896, entendu dans le sens consacré par la cour d'appel d'Agen, ne présente qu'une disposition déraisonnable.

» Mais d'abord, de ce que nous ne pourrions pas donner à l'art. 896, ainsi entendu, des motifs capables de satisfaire notre propre raison, il ne s'ensuivrait pas que nous pussions lui donner un autre sens, et surtout un sens que réprouvent hautement et sa structure particulière, et les art. 897, 1048, 1049 et 1050, qui le modifient.

» Ensuite, il ne faut pas de grands efforts d'esprit pour sentir que deux grands motifs ont dû déterminer le législateur à disposer comme nous pensons, comme la cour d'appel d'Agen a jugé, qu'il l'a fait par l'art. 896.

» 1° En se bornant à annuler la Substitution, en laissant subsister la donation grevée de la charge de rendre, la loi s'exposerait au danger d'intervertir l'ordre des affections du donateur. Qui peut dire, en effet, dans ce concours du donataire avec le substitué, quel est celui que le donateur a voulu préférer à l'autre, quel est celui qui, dans son intention, l'aurait emporté, s'il se fût cru obligé de choisir? C'est un mystère de sa volonté; sa volonté seule peut en donner la clef; et cette volonté, il n'est plus possible de l'interroger. Prétendre qu'il a préféré le donataire, précisément parcequ'il l'a placé le premier dans l'ordre de sa disposition, c'est mal connaître le cœur humain. Combien de donateurs ne donnent à la charge de Substitution, que pour faire, en quelque sorte, *entreposer* leurs libéralités dans des mains fidèles, en attendant que ceux à qui ils veulent les assurer définitivement, puissent les recueillir et en profiter! Dans cette incertitude, et cependant bien résolu, comme il l'était, d'annuler les Substitutions, qu'a dû faire le législateur? Il n'y avait point pour lui de milieu : ou il fallait qu'il se mît lui-même à la place du donateur, et que prêtant à sa volonté un sens que sa volonté démentirait peut-être si elle pouvait se manifester, il décomposât sa disposition, et que d'une donation complexe, il fît une donation pure et simple; ou il fallait que, pressé par la crainte d'altérer la volonté du donateur, il déclarât ne pas la connaître suffisamment, et qu'en conséquence, il regardât toute la disposition comme non avenue. Entre

(1) *V.* l'article *Dot*, §. 17.

ces deux partis, il n'y avait certainement pas à hésiter : la sagesse, la justice commandaient que le deuxième triomphât, et il a triomphé.

» 2° Le législateur a dû sentir que défendre les Substitutions, comme l'avait déjà fait la loi du 14 novembre 1792, n'était qu'une mesure imparfaite et très-peu propre à remplir son grand but politique, s'il ne donnait à cette défense une sanction qui en assurât imperturbablement l'effet. Mais cette sanction, en quoi devait-elle consister? L'expérience n'avait que trop appris qu'elle ne résulterait pas suffisamment de la nullité des seules Substitutions; et que les Substitutions seraient exécutées au mépris de la prohibition de la loi, si avec elles n'étaient pas aussi annulées les dispositions qui en seraient grevées.

» Plusieurs de nos anciennes lois municipales avaient, quant à la défense de substituer fidéicommissairement, devancé la loi du 14 novembre 1792. Les coutumes de Bourbonnais, d'Auvergne, de Montargis, de Bassigny, de Bretagne, de Normandie, de Hainaut, prohibaient les Substitutions, les unes directement, les autres implicitement, et toutes avec plus ou moins d'étendue. Cependant, rien n'était moins rare que de voir des Substitutions s'exécuter dans ces coutumes. Pourquoi? Tantôt parceque les personnes chargées de rendre, étaient jugées non-recevables à critiquer, à diviser des dispositions qu'elles avaient acceptées purement et simplement; tantôt parcequ'elles ne critiquaient même pas ces dispositions, et que plus sensibles à l'honneur de remplir fidèlement les intentions d'un bienfaiteur, qu'à l'avantage de recueillir un bienfait sans en supporter la charge, elles se soumettaient volontairement à des clauses qu'elles auraient pu mépriser.

» La loi du 14 novembre 1792 avait éprouvé dans son exécution les mêmes entraves : plusieurs fois, sous son empire, on avait vu l'attente du législateur trompée, éludée par la délicatesse, et il faut le dire, par la conscience des donataires grevés de Substitutions, qui, pour être illégales, n'en avaient pas moins à leurs yeux un caractère obligatoire.

» Et comme ce n'était point pour l'avantage des donataires que la loi du 14 novembre 1792 avait prohibé les Substitutions, comme cette loi ne les avait prohibées que pour le bien général de la société, comme elle ne les avait prohibées que pour ne plus laisser les propriétés dans cet état de vacillation qui repousse, ou du moins ajourne à de fort longs termes, toutes les améliorations dont elles sont susceptibles, le Code civil a dû, en maintenant cette loi, prendre, pour en garantir l'exécution, une mesure sur l'efficacité de laquelle l'ordre public pût enfin compter, ou, en d'autres termes, il a dû avertir les donateurs qu'en vain ils se reposeraient sur la loyauté de leurs donataires; et que du moment que ceux-ci seraient grevés de Substitutions, ces Substitutions ne seraient pas seulement sans effet, mais qu'elles vicieraient même les donations.

» Ainsi, d'une part, le texte de la loi est clairement prononcé pour la nullité de toute donation, de toute institution d'héritier, de tout legs, auxquels est imposée la charge de conserver et de rendre à un tiers; de l'autre, ce texte est fondé sur les motifs les plus sages, les plus déterminans, les plus impérieux.

» Tout concourt donc à faire débouter Jean-Pierre Rayet de sa demande en cassation de l'arrêt de la cour d'appel d'Agen, et c'est à quoi nous concluons ».

Par arrêt du 18 janvier 1808, sur délibéré, et *consultis classibus*, au rapport de M. Zangiacomi,

« Considérant qu'on ne peut admettre que, par l'art. 896 du Code civil, le législateur ait voulu n'annuler que les Substitutions; que, s'il l'avait ainsi voulu, il se serait borné à ces mots, *les substitutions sont prohibées;* que la nullité de la disposition prononcée par l'article, s'étend *même à l'égard du donataire, de l'héritier institué et du légataire;* qu'il résulte de cette addition (qui autrement serait inutile), que le législateur a eu l'intention d'enlever au donataire, à l'institué, au légataire, l'avantage qui leur est fait; et par conséquent, qu'il annulle leur donation, institution, ou legs;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

Voici une autre espèce dans laquelle la cour d'appel de Liége et la cour de cassation ont encore jugé de même.

Le 7 octobre 1783, le sieur Vanderheyden fait un testament par lequel il institue Étienne Vanderheyden, son fils, héritier universel, et lui substitue fidéicommissairement un de ses fils.

Il meurt le 29 octobre 1806.

La dame Crust, sa nièce, demande la nullité de l'institution, et se fonde sur l'art. 896 du Code civil.

Étienne Vanderheyden soutient que cet article ne proscrit que la Substitution fidéicommissaire et laisse subsister l'institution.

Jugement du tribunal civil de Malmédy

qui déclare l'institution nulle, attendu que l'art. 896 du Code civil frappe de nullité, même à l'égard de l'héritier institué, la disposition par laquelle celui-ci est chargé de conserver et de rendre à un tiers.

Étienne Vanderheyden appelle de ce jugement, mais sans succès. Un arrêt de la cour d'appel de Liége le confirme.

Recours en cassation contre cet arrêt.

Le 7 novembre 1810, au rapport de M. Cassaigne,

« Attendu qu'il est dans l'esprit et dans les termes de l'art. 896 du Code civil, que la nullité de la Substitution entraîne la nullité de l'institution faite à sa charge; qu'on ne peut entendre autrement la fin de cet article, qui dit que la disposition est nulle, même à l'égard de l'héritier institué;

» La cour rejette le pourvoi?... ».

On trouvera au n° suivant, un arrêt semblable du 26 juin 1811.

Mais il y a plus. Le conseil d'état lui-même a sanctionné cette jurisprudence. Témoin le décret suivant que le chef du gouvernement a rendu le 31 octobre 1810:

« Sur le rapport de notre ministre de l'intérieur, vu le codicille en date du 5 pluviôse an 13, par lequel la dame Péronne Malot, veuve du sieur Jacques Piot, lègue à l'hospice de Bois-Commun, département du Loiret, quatre arpens de pré (deux hectares quatre ares);

» Vu un second codicille en date du 7 mars 1809, par lequel ladite dame modifie sa première disposition, et ordonne que, sur les quatre arpens de pré qu'elle avait légués à l'hospice, un arpent sera distrait en faveur de Julienne-Françoise, fille naturelle, à condition que, où celle-ci viendrait à décéder sans enfans, la portion d'immeuble dont elle aurait joui, retournerait à l'hospice de Bois-Commun;

» *Considérant que ce deuxième codicille contient une véritable Substitution, qui, aux termes de l'art.* 896 *du Code civil, rend nulle toute la disposition; que, dès-lors, les droits de l'hospice restent entiers, tels qu'ils étaient établis par le premier codicille;*

» Voulant néanmoins concilier le respect dû à la loi avec celui dû aux intentions de la bienfaitrice de l'hospice;

» Notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

» Art. 1. La commission administrative de l'hospice de Bois-Commun, département du Loiret, est autorisée, 1° à accepter le legs de quatre arpens de pré (deux hectares quatre ares) fait à cet établissement par la dame Péronne Malot, veuve du sieur Jacques Piot, suivant son codicille du 5 pluviôse an 13; 2° à abandonner à Julienne-Françoise, fille majeure, la jouissance, sa vie durant, de l'arpent de pré que la même dame Piot avait destiné à celle-ci par un deuxième codicille du 7 mars 1809.

» 2. Le codicille du 5 pluviôse an 13 sera transcrit au bureau des hypothèques avec notre présent décret, moyennant le droit fixe d'un franc, sauf les honoraires du conservateur.

» Notre ministre de l'intérieur est chargé de l'exécution du présent décret, *qui sera inséré au Bulletin des lois* ».

III. Lorsqu'une institution, une donation, un legs, n'est grevé de Substitution que pour une partie des biens qui en sont l'objet, la nullité de la Substitution emporte-t-elle la nullité de la disposition entière, ou ne vicie-t-elle celle-ci que pour la partie substituée?

Voici une espèce dans laquelle il a été jugé que la disposition reste valable pour les biens non frappés de Substitution, mais dans laquelle aussi l'arrêt qui avait consacré ce principe, a été cassé, parcequ'il en avait fait une fausse application.

Le 16 septembre 1806, Jacques-Joseph Drion, ayant pour héritiers présomptifs cinq frères et une sœur, fait un testament qui contient les clauses suivantes :

« J'institue mon frère François Drion, *senior*, avocat, *pour mon héritier universel.*

» Je charge mon héritier de donner à chacun des enfans qui sont encore à marier de mon frère Adrien, une somme de 6,000 francs une fois, lorsqu'ils prendront état de mariage, pourvu qu'ils se marient du consentement de leurs parens et de mon héritier; autrement, celui-ci est exempt de leur rien donner; *bien entendu* aussi qu'en cas qu'un desdits enfans à marier vienne à mourir sans délaisser génération de son mariage contracté avec consentement, comme dit est, *sa part retournera à ses autres frères et sœurs à marier maintenant, pour être partagée également entre eux;* conditionné que, s'ils ne se marient pas, ils pourront jouir chacun de ladite somme après vingt-cinq ans, à charge de donner caution de la restituer en cas qu'ils viennent ensuite à se marier sans consentement, comme dit est.

» *J'entends et je veux que mon héritier ne puisse aliéner aucun des biens-fonds de mon hérédité, et qu'après son décès, ils retourneront à ses deux enfans.*

» Mon héritier, après tous les legs payés, appliquera *en achat de biens-fonds*, le restant de l'argent qu'il trouvera m'appartenant après toutes dettes payées, ainsi que ceux qu'il aura retirés de mon frère Ferdinand; *pour lesdits biens, après son décès, être partagés entre les enfans de mon héritier et ceux à marier dudit Adrien, par têtes*, pourvu que ceux-ci se marient du consentement de mon héritier, comme dit est plus haut, et de leur père ».

Après la mort du testateur, les frères et la sœur exhérédés attaquent ces dispositions. Ils soutiennent,

1° Que la Substitution faite au profit des deux enfans de François Drion, est nulle, attendu que la défense d'aliéner et l'obligation de restituer n'étant faites qu'en faveur de ces deux enfans, la disposition n'est pas conforme à l'art. 1049, qui veut impérieusement qu'elle soit faite en faveur de tous les enfans nés et à naître; que la Substitution étant nulle, l'institution qu'elle grève, est frappée de la même nullité, aux termes de l'art. 896 du Code civil;

2° Que la disposition commune aux enfans de François et d'Adrien, est également nulle à l'égard des premiers, parcequ'elle renferme le même vice que la précédente; et que, ne parlant que des deux enfans de François, elle est limitée à ceux-là, et par conséquent exclusive des enfans qui pourront naître;

3° Que, relativement aux enfans d'Adrien, elle est nulle par le double motif qu'elle n'est faite qu'en faveur de ceux qui ne sont pas *établis par mariage*, et qu'il n'est permis au frère de substituer ses neveux ou nièces, qu'en instituant leur père; que ce dernier point résulte clairement des art. 1048 et 1049 qui n'autorisent la Substitution qu'en faveur des enfans du grevé; qu'il n'y a de grevé que celui qui est chargé de conserver et de rendre; qu'ainsi, la disposition faite au profit des enfans d'Adrien, qui ne reçoit rien, est nulle;

4° Que le legs de 6,000 francs fait à ceux des enfans d'Adrien qui ne sont pas encore mariés, contenant aussi une Substitution réciproque entre les institués, est également contraire à l'art. 896; qu'il est par conséquent frappé de la même nullité.

L'institué et le légataire répondent,

1° Que l'art. 896 du Code civil n'a pas le sens qu'on lui attribue; que la nullité qu'il prononce, ne frappe que sur la Substitution, et n'atteint pas la disposition substituée;

2° Que, si l'institution est annulée par la Substitution, elle ne l'est du moins que jusqu'à concurrence de la partie des biens que le testateur a chargé son héritier de conserver et de rendre;

3° Que la Substitution créée en faveur de plusieurs branches, peut être nulle à l'égard de ceux qui ne sont pas appelés conformément à la loi, sans que sa nullité puisse empêcher l'effet de la Substitution faite au profit de ceux à l'égard desquels le vœu de la loi a été respecté.

Le 14 juillet 1808, arrêt par lequel la cour d'appel de Bruxelles,

« Vu les clauses du testament dont il s'agit, l'une par laquelle, après avoir institué l'appelant son héritier universel, le testateur déclare vouloir que son héritier ne puisse aliéner aucun des biens-fonds de son hérédité, et qu'après son décès, ils retournent à ses deux enfans; la seconde, par laquelle il ordonne à son héritier d'appliquer en achats de biens-fonds, tous legs et dettes payés, le restant de l'argent qu'il trouvera appartenir au testateur, pour lesdits biens, à son décès, être partagés entre les enfans de son héritier, et ceux à marier d'Adrien Drion;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 896 du Code civil, toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, est chargé de conserver et de rendre à un tiers, est une Substitution fidéicommissaire; que, par le même article, toute disposition de cette nature est prohibée et annulée, même à l'égard du donataire, de l'héritier ou du légataire; que, dans le sens de cet article, par *disposition*, n'est pas seulement entendue la Substitution, mais aussi l'institution, qui ensemble ne font qu'une même disposition, savoir, une libéralité; qu'il résulterait du système contraire cette absurdité, que, contre la volonté expresse du testateur, l'institué aurait, sans charge quelconque, entre ses mains, la libre propriété d'un bien dont le testateur n'a voulu que lui accorder la jouissance;

» Que de cette proscription prononcée par le Code, ne sont exceptées que les dispositions permises aux pères et mères par l'art. 1048, et celles permises aux frères et sœurs par l'art. 1049 du Code; qu'aux termes de l'art. 1050, pour la validité des dispositions permises dans les deux articles précédens, il est nécessaire que la charge de restitution soit au profit de tous les enfans nés et à naître;

» Que, de ce chef, est viciée la première des Substitutions fidéicommissaires, n'étant faite qu'en faveur des enfans actuellement existans de l'héritier institué, et aucunement de tous ses enfans nés et à naître, soit du présent mariage, soit d'autre qu'il

pourrait contracter par la suite; que cette Substitution étant nulle, l'institution d'héritier a été également viciée pour autant que la charge de rendre était apposée à l'institution;

» Que l'institution d'héritier universel, comprenant les titres universels d'héritier mobilier et immobilier, un de ces titres a pu être annulé sans entraîner la nullité de l'autre; que, dans ce cas, la charge de rendre n'étant imposée que pour les biens-fonds, l'institution à titre universel n'est annulée que relativement à la succession immobilière;

» Que la seconde Substitution fidéicommissaire est également viciée pour autant qu'elle concerne les enfans d'Adrien Drion, la Substitution à leur égard étant faite au profit d'autres enfans que ceux du grevé; que ladite Substitution est valable à l'égard des enfans de l'appelant, la libéralité n'étant pas seulement exercée en faveur des deux enfans de l'héritier, comme dans la première disposition, mais aux enfans de l'héritier après son décès, et par conséquent à tous les enfans nés et à naître dudit héritier, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe;

» Que les enfans d'Adrien Drion étant conditionnellement substitués les uns aux autres dans le legs de 6000 francs à recevoir à l'époque de leur mariage, ce legs est vicié de ce chef;

» Déclare nulle l'institution d'héritier, pour autant qu'elle concerne les immeubles compris dans la Substitution; la déclare valable pour le surplus; déclare nulle la Substitution faite en faveur d'Adrien Drion, dans les biens achetés du résidu de l'argent trouvé et ceux retirés du frère Ferdinand; la déclare valable pour autant qu'elle est faite en faveur des enfans de l'appelant à l'époque de son décès; déclare nul le legs de 6,000 francs laissé aux enfans d'Adrien Drion à marier du consentement de leurs parens et de l'héritier institué; compense les dépens ».

Le frère et la sœur exhérédés se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et concluent à ce qu'il plaise à la cour le casser et annuler,

« Attendu 1° que de l'art. 896 du Code civil il résulte clairement que TOUTE *disposition* contenant à la fois *institution et Substitution*, est frappée de proscription en totalité, même quant à l'institution; qu'à cette règle générale et absolue il n'y a d'exception (art. 897), que pour les dispositions autorisées par les art. 1048 et 1049; qu'en se reportant à ces articles subséquens, on trouve bien (art. 1048), qu'un père peut, en gratifiant un de ses fils de la portion disponible, le grever de la charge de la transmettre à tous ses enfans *nés et à naître*, conjointement et concurremment; qu'en passant à l'art. 1049, on trouve qu'un célibataire peut bien aussi, en gratifiant l'un de ses frères de la portion libre de sa succession, le grever de la charge de conserver et rendre cette part de biens *à tous les enfans nés et à naître* DU GREVÉ; que telles étant les seules exceptions admises par le Code, à la prohibition générale des Substitutions, et à l'annullation prononcée par l'art. 896 contre TOUTE *disposition* de libéralité mélangée de Substitution, il s'ensuit que toutes les fois qu'un père ou un frère fera une Substitution sortant des limites ci-dessus tracées, toute sa disposition doit être considérée comme nulle; que, de fait, cette nullité de toute la disposition se trouve textuellement prononcée par l'art. 1050; qu'en effet, lorsque cet article dit que LES DISPOSITIONS PERMISES *par les deux articles précédens*, NE SERONT VALABLES QU'AUTANT *que la charge de restitution sera au profit de tous les enfans* NÉS ET A NAÎTRE DU GREVÉ, c'est bien la même chose que s'il disait : *Toutes les fois que les dispositions d'un père ou d'un frère sortiront des termes de la permission ci-dessus, ces dispositions seront nulles.* Or, les *dispositions permises*, dans les deux articles 1048 et 1049, sont des dispositions comprenant tout à la fois *institution et Substitution* : donc la nullité embrasse *et l'institution et la Substitution;*

» 2° Attendu, en fait, que l'institution universelle portée au testament de *Jacques Drion*, en faveur de son frère *François*, était accompagnée de deux Substitutions : l'une, de l'immobilier, au profit des *deux enfans* alors existans dudit *François;* l'autre, du mobilier, au profit, tant des enfans dudit *François*, que de ceux à marier de son autre frère *Adrien;* que conséquemment ces deux Substitutions sortaient des termes de celles permises par les art. 1048 et 1049; la première, en ce qu'elle ne comprenait que les deux enfans alors nés de *François;* la seconde, en ce qu'elle s'étendait *à d'autres enfans* que ceux *du grevé;* que de là même il suit que *l'institution* au profit de *François*, était nulle, tant pour l'immobilier que pour le mobilier, aux termes de l'art. 1050;

» 3° Attendu cependant que l'arrêt attaqué n'a annulé *l'institution* que quant à l'*immobilier;* qu'il l'a validée, quant au mobilier, en se contentant de restreindre la Substitution de ce mobilier aux seuls enfans de *François*, et excluant les enfans d'*Adrien;* qu'en cela, il a violé tous les articles ci-dessus, en même temps qu'il a mis une volonté arbitraire à la place de celle du testateur ».

Par arrêt du 26 juin 1811, au rapport de M. Oudot,

« Vu les art 896 et 1049 du Code civil;

» Considérant, en droit, que, suivant l'art. 896, les Substitutions sont prohibées, et que toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire est chargé de conserver et de rendre à des tiers, est nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire;

» Que, si cet art. 896 fait une exception en faveur des dispositions permises aux frères et sœurs, cette disposition est déterminée et limitée par l'art 1049;

» Que, suivant ce dernier article, la disposition au profit d'un frère avec charge de rendre, n'est valable qu'autant que la Substitution est faite au profit des seuls enfans du donataire;

» Considérant, en fait, que *Jacques Drion*, en instituant son frère *François* son héritier universel, l'a chargé d'employer, en acquisitions d'immeubles, l'argent qui lui resterait après les dettes payées, et de conserver ces immeubles, pour être, après son decès, partagés, par têtes, entre ses enfans et les enfans d'*Adrien*, son autre frère;

» Que les enfans d'*Adrien Drion* ne sont point les enfans du donataire; que la Substitution leur est commune avec les enfans de celui-ci; et que, dès-lors, cette Substitution se trouvant hors du cas de l'art. 1049, retombe, pour le tout, sous la prohibition de l'art. 896, et produit, suivant le même article, la nullité de la disposition dont il s'agit, relative aux immeubles à acquérir avec l'argent restant après les dettes payées; que cependant l'arrêt, aux chefs attaqués, a maintenu cette disposition au profit de *François* et de ses enfans, tout en annulant la Substitution en faveur des enfans d'*Adrien*; en sorte que l'arrêt a introduit une disposition tout autre que celle manifestée par le testateur, et contrevient aux articles cités;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles, le 14 juillet 1808, en ce qu'il a maintenu partie de l'institution faite au profit de *François Drion*, dans les immeubles à acquérir avec l'argent restant après les dettes payées, et la Substitution de ces mêmes immeubles faite en faveur des enfans dudit *François Drion* ».

IV. On trouvera dans mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, d'autres questions qui ont également leur source dans l'art. 896 du Code civil.

V. L'art. 896 du Code civil avait été publié, avant les événemens politiques de 1814, dans les pays qui formaient alors les départemens anséatiques et les provinces illyriennes; mais comme il ne dispose que pour l'avenir, et que la loi du 14 novembre 1792 n'avait pas été publiée dans ces pays, il avait fallu déterminer l'effet qu'y auraient encore les Substitutions créés antérieurement; et c'est ce qu'avaient fait, en ces termes, pour les départemens anséatiques, l'art. 155 du décret du 4 juillet 1811; et pour les provinces illyriennes, l'art. 44 du décret du 30 septembre de la même année:

« Les Substitutions (portait le premier de ces articles) de la nature de celles qui sont prohibées par le Code civil, seront abolies et cesseront d'avoir leur effet à compter du jour où ce Code sera mis en activité. Néanmoins la Substitution faite antérieurement à la mise en activité de ce Code, tiendra au profit du premier appelé, né avant cette époque. Hors ce seul cas, le grevé jouira des biens comme propriétaire incommutable ».

« Les Substitutions (portait le second) de la nature de celles qui sont prohibées par le Code civil, cesseront d'avoir leur effet à compter du 1er janvier 1812. Néanmoins les Substitutions faites antérieurement à la mise en activité de ce Code, tiendront au profit du premier appelé, né avant cette époque ».

Ces deux décrets sont devenus sans objet pour les départemens anséatiques et pour l'Illyrie, par les événemens politiques qui ont détaché ces pays de la domination française.

Mais il en avait été rendu un semblable pour la Hollande, le 24 janvier 1812, qui y est encore en vigueur. Il a donné lieu à une Question qui est traitée dans mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*.]]

SECTION II. *Quelles sont les personnes qui peuvent substituer par fidéicommis?*

[[Sur cette question, il faut distinguer entre le droit ancien et le Code civil.

§. I. *Droit ancien.*]]

I. Suivant la loi 2, D. *de legatis* 1°, et le tit. 25 des Fragmens d'Ulpien, il faut avoir le droit de tester, pour pouvoir substituer par fidéicommis. Mais cela ne doit s'entendre que des Substitutions universelles; car, aux termes de la loi 10, D. *de mortis causâ dona-*

tionibus, le fils de famille qui est incapable de tester, ne laisse pas de pouvoir grever de fidéicommis la donation à cause de mort qu'il fait du consentement de son père.

Dans nos mœurs, cette faculté appartient à quiconque peut donner entre-vifs ou à cause de mort, parceque, comme on le verra ci-après, les Substitutions fidéicommissaires ont lieu, parmi nous, dans les dispositions entre-vifs, comme dans celles de dernière volonté.

II. L'art. 125 de l'ordonnance de 1629 défendait aux *personnes rustiques* de substituer par fidéicommis; mais sa disposition n'a jamais été observée qu'au parlement de Bourgogne; encore n'y subsiste-t-elle plus; car, par l'art. 1 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, l'usage des Substitutions fidéicommissaires est accordé indistinctement à *toutes personnes capables de disposer de leurs biens, de quelque état et condition qu'elles soient.*

La prohibition de l'ordonnance de 1629 n'a cependant point perdu par là tout son effet au parlement de Dijon : elle y est encore suivie pour les fidéicommis antérieurs à l'enregistrement de la loi nouvelle; et c'est ce qui nous oblige de dire deux mots sur ce qu'on entend, en cette matière, par *personnes rustiques.*

Le recueil d'arrêts de Perrier, et les observations de Raviot, son annotateur, nous fournissent là-dessus quelques éclaircissemens.

On y trouve, quest. 13, deux arrêts des 18 juillet 1653 et 16 juin 1665, par lesquels il a été jugé « qu'il est permis aux artisans des » villes de faire des Substitutions dans leurs » testamens ». On prétendait que l'ordonnance de 1629 avait compris, sous la dénomination de *personnes rustiques*, tous les gens illétrés; mais on répondait, « que ne parlant que » des rustiques, c'est-à-dire, des gens de campagne, dénués de conseil, il n'y avait pas » d'apparence d'y assujétir ceux qui demeuraient dans de bonnes villes, où ils trouvaient des conseils pour leur expliquer la » force et l'étendue des Substitutions ».

Sous la quest. 180, se trouve un troisième arrêt du 3 janvier 1678, qui confirme cette jurisprudence. Il déclare valable une Substitution faite « par la veuve d'un tailleur d'habits, demeurant dans une ville ».

Raviot demande si un artisan de village est compris dans la prohibition de l'ordonnance, et sa réponse est qu'il y est compris. « C'est » (dit-il), une personne rustique; sa conduite est vile, et il habite la campagne; » c'est ce que nous appelons gens rustiques, » et c'est de ces gens là que l'ordonnance » s'explique : ils manquent de conseil et de » personnes habiles pour dresser leur testament et pour leur faire entendre la nature » et les effets des Substitutions ».

Le même auteur ajoute que « les gentilshommes ou les bourgeois qui habitent les » campagnes, et cultivent ou font cultiver » leurs champs, ne sont point personnes rustiques : leur condition n'est point vile; la » charrue ne déroge point, quand on façonne » son propre héritage ».

Mais un fermier, un marchand qui demeure à la campagne est-il une personne rustique dans le sens de l'ordonnance? Raviot distingue : « S'il laboure les champs d'autrui, et » s'il met la main à la charrue dans les héritages dépendans de sa ferme, comme font » ces gros paysans qui prennent presque tous » la qualité de marchand, je le tiens pour » rustique; mais s'il fait seulement un commerce dans le lieu de sa résidence, ou si, par » des valets qu'il fait agir, il cultive les fonds » de sa ferme, il n'est point rustique, et il » est capable de substituer ».

Dans un autre endroit, cet auteur nous apprend « qu'il a été jugé qu'un chirurgien » de campagne peut faire une Substitution »; et sous la quest. 248, n° 76, il rapporte un arrêt du 18 juillet 1661, par lequel il a été décidé « qu'un laboureur ou autre personne » rustique ayant quitté cette condition, et » étant venu résider dans une ville, *per longum tempus*, peut substituer ».

On a douté si les fidéicommis entre-vifs étaient renfermés dans la prohibition de l'ordonnance de 1629. Deux arrêts des 7 janvier 1658 et 2 mai 1664, ont prononcé pour l'affirmative. Ils sont rapportés sous la quest. 180, n° 4.

Mais il en était autrement des Substitutions directes, suivant un arrêt du 1er février 1670, qu'on trouve au même endroit.

[[§. II. *Dispositions du Code civil et de la loi du 17 mai 1826.*

On a déjà vu ci-devant, sect. 1, §. 14, que le Code civil n'autorise que trois sortes de personnes à substituer par fidéicommis : 1° ceux qui obtiennent du roi l'érection en majorat des immeubles qu'ils entendent fidéicommisser; 2° les pères et mères; 3° les frères et sœurs.

La loi du 17 mai 1826 va plus loin : elle permet à toutes personnes capables de donner entre-vifs ou par testament, de substituer la portion disponible de leurs biens.]]

SECTION III. *Quelles personnes peut-on grever de Substitution fidéicommissaire?*

I. Cette question est déjà traitée [[sous le rapport de l'ancien droit]], à l'article *Légataire*, §. 2, art. 2, n° 16; mais il faut y ajouter ce qu'on a dit aux articles *Institution contractuelle*, §. 8, n° 6, *Légitime*, sect. 7, §. 1, et *Réserves coutumières*, §. 2, n° 6, sur les fidéicommis imposés aux institués par contrat de mariage, aux donataires entre-vifs, aux légitimaires et aux héritiers des biens indisponibles.

[[II. Sous le Code civil, il faut distinguer entre les Substitutions qui sont autorisées en forme de majorat, et les autres.

Par les premières, il n'y a et il ne peut y avoir de grevé que les personnes qui sont appelées aux majorats.

Par les autres, la charge de restituer ne pouvait, suivant les art. 848 et 849 du Code civil, être imposée qu'à un fils, lorsqu'elles étaient faites par un père ou une mère, et qu'à un frère ou à une sœur, lorsque c'était d'un frère ou d'une sœur qu'elles émanaient. Mais, suivant la loi du 17 mai 1826, tout donataire ou légataire peut être grevé de substitution.]]

SECTION IV. *Dans quelle proportion peut-on grever?*

La règle générale est qu'on ne peut charger quelqu'un de rendre au-delà de ce qu'il reçoit. Ainsi, quand j'aurais accepté la disposition faite en ma faveur, et grevée de fidéicommis au profit d'un tiers, je ne serais pas tenu de rendre plus que je n'ai reçu. C'est ce que décident la loi 114, D. *de legatis* 1°; la loi 70, D. *de legatis* 2°; et le §. 1 *de singulis rebus per fideicommissum relictis*, aux Institutes.

Mais, suivant le second de ces textes, ce principe n'a lieu que dans le cas où il s'agit de rendre une quantité pour une quantité, par exemple, cent écus pour cinquante; et il en serait autrement, si l'on me léguait une somme, à la charge de rendre telle chose qui m'appartient: car en acceptant le legs, je ne serais pas recevable à opposer que ma chose vaut davantage. *V.* l'article *Légataire*, §. 7, art. 2, n° 16.

[[En serait-il de même sous le code civil? *V.* l'article *Legs*, sect 3, §. 3, n° 4.]]

SECTION V. *Quelles personnes peut-on appeler à une Substitution fidéicommissaire?*

[[§. I. *Ancien droit.*]]

I. Toute personne qui est capable de recevoir une libéralité, l'est aussi d'être appelée à une Substitution. C'est ce que portent la loi 10, §. 1, D. *de his quæ ut indignis*, et le tit. 25 des Fragmens d'Ulpien.

On peut même substituer une personne incertaine, pourvu qu'elle puisse devenir certaine par la suite. La loi 5, D. *de rebus dubiis*, nous en offre à la fois la preuve et l'exemple.

En est-il de même d'une *personne à naître*? Oui: la loi 69, D. *de legatis* 2°, déclare qu'on peut appeler un individu futur, quoiqu'il ne soit pas même conçu. C'est ce que supposent aussi les art. 10, 11 et 12 de l'ordonnance de 1731, et les art. 5 et 41 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747.

Au surplus, *V.* les articles *Institution d'Héritier*, sect. 5, §. 1, n° 4, et *Légataire*, §. 2.

II. Dans les coutumes où l'on ne peut pas être à la fois héritier et légataire, est-il permis à un testateur de substituer la portion d'un de ses héritiers au profit des autres?

Il y a, dans le *Dictionnaire des arrêts* de Brillon, au mot *Substitution*, n° 7, un arrêt du parlement de Paris, du 13 février 1680, qui juge pour l'affirmative.

Nous avons rendu compte, au mot *Héritier*, sect. 6, §. 10, n° 5, de trois autres arrêts de la même cour dont deux jugent de même, et l'autre décide le contraire.

[[§. II. *Droit actuel.*

I. Les règles qui déterminent la capacité d'être appelé à une Substitution créée par forme de majorat, sont consignées dans le décret du 1er mars 1808, rapporté au mot *Majorat*, §. 6.

II. Quant aux autres Substitutions, ceux qui les créent, n'y peuvent appeler que les enfans de ceux qu'ils en grèvent.

Mais il y a, à cet égard, une différence essentielle entre les art. 1048, 1049 et 1050 du code civil, et la loi du 17 mai 1826.

Suivant les uns, la substitution n'était valable *qu'autant que la charge de restitution* était *au profit de tous les enfans nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe;* au lieu que, suivant l'autre, *la charge de rendre peut être* imposée *au profit d'un ou de plusieurs enfans du donataire, nés ou à naître.*

III. Les dispositions des art. 848, 849 et 850 ont donné lieu, pendant qu'elles étaient en vigueur, à trois questions qui peuvent se représenter encore pour les Substitutions qui ont été faites par actes entre-vifs avant la loi

du 17 mai 1826, et pour celles qui ont été faites par des testamens dont les auteurs sont décédés avant cette loi.

La première était de savoir si, pour faire valablement une Substitution telle que la permettaient les art. 1048 et 1049, il était nécessaire d'exprimer que la charge de rendre était au profit de tous les enfans nés et à naître, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe; ou s'il suffisait que des termes du testateur on pût induire que telle était son intention.

Le 10 vendémaire an 13, Jacques-Thomas Hardy, père de plusieurs enfans, fait un testament olographe, dans lequel il s'exprime ainsi : « Je déclare donner et léguer, par » préciput et hors part, à Jacques Hardy, » mon fils, *à charge par lui de rendre à mes* » *petits-enfans issus de lui*, et dans le cas où » il me prédécéderait, je donne et lègue à » mesdits petits-fils existans lors de mon » décès », le quart dont l'art. 913 du Code permet la libre disposition.

Après la mort du testateur, les frères de Jacques Hardy demandent la nullité de ce legs. Il est nul en effet, disent-ils, si la Substitution qui le grève, n'est pas telle qu'elle devrait être, aux termes des art. 1048 et 1050 du Code, pour être valable. Car l'art. 896 décide bien nettement que la nullité de la Substitution emporte la nullité du legs qui en est grevé (1). Or, que la Substitution dont il s'agit, ne soit pas conforme au vœu des art. 1048 et 1050, c'est ce qui résulte de ce qu'elle ne comprend, ni les enfans à naître, ni même les filles déjà nées de Jacques Hardy.

Par jugement du 21 thermidor an 13,

« Considérant que, d'après les principes élémentaires de la langue française, les participes des verbes neutres, quand ils ne sont point précédés du verbe auxiliaire *être*, pour en fixer le sens, expriment toujours un temps passé; d'où il suit que ce mot *issu*, dont s'est servi le sieur Hardy, ne peut présenter d'autre idée que celle d'une Substitution au profit des enfans actuels du sieur Hardy, et conséquemment exclusive des enfans *à naître*;

» D'où il suit encore que cette disposition ne remplit pas le vœu de la loi, et est, dès-lors, non valable;

» Qu'en admettant encore, contre toutes les règles de la langue, que le mot *issu* pût également exprimer, soit un temps passé, soit un temps futur, par la raison que l'on suppose sous-entendus les mots *qui sont*, ou les mots *qui seront*, (selon le sens à exprimer), il en résulte nécessairement que la volonté du testateur demeure incertaine entre ces deux interprétations; et qu'en adoptant l'une ou l'autre, le juge pourrait arbitrairement substituer sa volonté particulière à celle du testateur, qui doit seule faire la loi;

» Que le Code civil, dans les art. 1048, 1049 et 1050, s'est servi, avec une sorte d'affectation, des mots *tous les enfans nés et à naître*, comme pour avertir les testateurs qu'ils devaient s'y attacher scrupuleusement, s'ils voulaient rendre valables leurs dispositions testamentaires, dans le cas desdits articles;

» Que le feu sieur Hardy, au lieu d'employer ces expressions si claires, si précises, y a employé le mot *issu*, susceptible d'interprétations différentes et opposées, et, par là même, s'est écarté de la lettre comme de l'esprit de la loi;

» Enfin, que le seul moyen d'assurer le repos des familles, de prévenir toutes ces contestations enfantées par le dangereux esprit de système, qui ne s'occupe trop souvent qu'à tourmenter et fatiguer les lois par des interprétations subtiles et forcées, c'est de tenir sévèrement la main à l'exécution stricte et littérale de ces mêmes lois »;

Le tribunal civil de Bayeux déclare la Substitution, et par suite le legs, nuls et de nul effet.

Jacques Hardy appelle de ce jugement; et le 6 mars 1806, arrêt de la cour d'appel de Caen, par lequel,

« Vu les art. 1048, 1049 et 1050 du Code civil;

» Attendu que la disposition à charge de rendre aux enfans *issus*, ne peut et ne doit avoir son effet qu'au moment où la restitution s'opérera; qu'au moment où cette restitution s'effectuera, tous les petits-enfans du testateur, sans distinction, exception ni préférence d'âge ou de sexe, sont appelés à recevoir la restitution ordonnée; que les mots exprimés dans l'art. 1050, d'enfans *nés et à naître*, sont indicatifs du vœu de la loi, mais non des termes sacramentels dont on ne puisse s'écarter à peine de nullité;

» Attendu que la loi a voulu exclure des dispositions en faveur des *petits-enfans*, les préférences *d'âge* ou de *sexe*; que le fait et le vœu de la loi sont remplis, si tous les enfans *nés et à naître* sont appelés à recueillir la restitution, sans exception ni préférence; que s'étendant aux *petits-enfans* issus du grevé, elle les appelle tous, non-seulement ceux qui sont *nés*, mais ceux qui sont *à naî-*

(1) *V.* ci-devant, sect. 1, §. 14, n° 2.

tre, ou qui existent au moment où la restitution aura lieu ;

» Que la disposition subsidiaire de la même clause ne laisse aucun doute à cet égard, puisqu'elle désigne les *petits-fils* existans lors du décès ; que ce serait une équivoque et une subtilité de prétendre que, par le mot *fils*, le testateur n'a pas compris les *filles* ; que cette équivoque est détruite par les expressions employées d'abord, *mes petits-enfans* ; que toute autre interprétation restrictive est contraire à la lettre et au sens du testament, qui est sans restriction, et ne présente qu'une expression générale conforme au vœu de la loi ;

» La cour met l'appellation et ce dont est appel au néant ; émendant, déclare le legs fait à Jacques Hardy, bon et valable..... ».

Les frères de Jacques Hardy se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Les Substitutions (disent-ils) étant prohibées par l'art. 896, sont, par cela seul, odieuses : si elles sont permises en un cas, il faut du moins les restreindre rigoureusement au cas prévu ; il faut donc réputer nulle toute *charge de rendre* non conçue dans les termes exprès de la loi ; ou, s'il est permis de s'arrêter à des termes *équipollens*, au moins faut-il que l'équipollence soit telle qu'ils présentent le même sens, sans pouvoir en offrir d'autre.

» Or, la charge de rendre *aux enfans issus*, n'est pas la charge de rendre *aux enfans à naître* : le mot *issu*, isolément pris, signifie les enfans *nés* : témoins les art 141, 143, 197, 198, 202, 206, 745 et 1100 du Code civil, qui emploient le mot *issu*, pour les mots *qui sont issus*.

» Et si le mot *issu* pouvait s'entendre des enfans QUI SERONT ISSUS *à l'époque de la restitution*, cette dernière expression ne serait pas identique avec l'expression *enfans à naître* : car l'institué pourra, soit par *déchéance*, soit par *libre volonté*, restituer durant sa vie : donc il pourra lui naître des enfans après la restitution : donc les enfans à naître après la restitution, se trouveraient n'avoir pas été compris dans la charge de rendre. Enfin, le testateur a lui-même déterminé le sens du mot *issu* ; et il l'a restreint aux enfans nés ou à naître avant son décès : car, au cas de prédécès de son fils, il a *institué* les mêmes *petits-fils* qu'il *substituait* dans le cas où son fils lui survivrait : or, il n'a pu instituer, et il n'a institué réellement que ses petits-fils existans à l'époque de son décès.

» Donc il n'a pas voulu substituer les *enfans à naître* après son décès.

» Donc, et de toute manière, l'expression *issu* ne peut s'appliquer aux *enfans à naître*, dans le sens absolu qu'y donne l'art. 1048 du Code civil. Donc la clause de restitution était nulle. Donc l'institution l'était aussi.

» Il est vrai, relativement au mot *enfant*, que cette expression, isolément prise, pourrait s'entendre des filles comme des mâles ; mais le testateur fixe le sens de ce mot, en ajoutant *mesdits petits-fils* ; car le mot *fils*, à la différence du mot *enfant*, est toujours employé par opposition au mot *fille*. Ainsi le dit positivement le Dictionnaire de l'Académie, aux mot *fils* et *petit-fils* ; c'est d'ailleurs ce qu'on voit dans le Code civil, art. 148, 152, 156, 160 et 206.

» La Substitution n'est donc pas faite sans exception de sexe, conformément à l'art. 1050 du Code civil ; elle est donc nulle ; conséquemment l'institution l'est comme elle.

» Sans doute, la contestation paraît être *grammaticale* : mais elle n'en est pas moins soumise à la décision de la cour suprême : les mots d'une loi sont la loi elle-même ; et relativement à la langue du barreau, les juges de la cour suprême sont les grammairiens par excellence.

» D'ailleurs, et au total, il ne s'agit pas seulement d'une question de grammaire : car en supposant que les mots *issus* et les mots *petits-fils* pussent être entendus des *enfans à naître*, même des *filles*, du moins faut-il convenir qu'on aurait tout aussi bien pu décider que les uns et les autres n'y étaient pas compris ; donc ces expressions sont *équivoques*, donc il n'y a pas *équipollence* entre ce qui est écrit dans le testament et ce qui est prescrit par la loi.

» La cassation est donc inévitable, à moins de consacrer en principe général, que la loi qui règle la validité d'une disposition testamentaire, est satisfaite, alors que les termes de la disposition ne présentent, ni *littéralement*, ni par *équipollence* absolue et identique, ce que la loi a impérativement ordonné ».

M. Daniels, portant la parole sur cette affaire, a dit que, s'il y avait erreur dans la manière dont la cour d'appel avait interprété les termes du testament, cette erreur ne constituait qu'un mal jugé ; que d'ailleurs une clause même testamentaire doit toujours être entendue, *ut actus valeat potiùs quàm ut pereat* (1) ; et qu'en conséquence, il y avait lieu de rejeter la requête des demandeurs.

(1) *V.* le plaidoyer du 5 janvier 1809, rapporté ci-après, sect. 8.

Par arrêt du 31 mars 1807, au rapport de M. Borel,

« Attendu que l'arrêt attaqué repose uniquement sur l'interprétation des mots *issus* et *petits-enfans*, employés dans le testament de Jacques-Thomas Hardy;

» Que cette interprétation, dans l'espèce, loin d'entraîner aucune contravention à la loi, est d'autant plus raisonnable, qu'elle a été faite dans le sens tendant à établir la validité de l'acte, et sa concordance avec la loi, plutôt que dans un sens qui aurait introduit une contrariété entre ces dispositions et anéanti leurs effes;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

IV. La seconde question que nous avons annoncée, était celle de savoir si, lorsqu'un testateur substituait à l'un des institués ses enfans nés et à naître, et ne substituait à l'autre que des enfans actuellement nés, la nullité de la deuxième Substitution empêchait que la première n'eût son effet.

L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 14 juillet 1808, rapporté ci-devant, sect. 1, §. 14, n° 3, a jugé que la première Substitution devait avoir son effet, nonobstant la nullité de la deuxième; et l'on a vu au même endroit, que, dans l'instance en cassation dont il est devenu l'objet, il n'a été nullement critiqué en ce point.

V. Lorsqu'un ascendant ou un frère appelait à la Substitution qu'il créait, les enfans nés et à naître du substitué, conjointement avec d'autres personnes, la nullité de la vocation de celles-ci entraînait-elle la nullité de la vocation de ceux-là, et par conséquent la nullité de toute la disposition?

C'est la troisième question; et l'on a vu à l'endroit cité au n° précédent, que la cour de cassation l'a jugée pour l'affirmative, le 26 juin 1811.]]

Section VI. *Quelles choses peut-on substituer par fidéicommis?*

Cette question doit être examinée sous deux rapports:

1° Les choses qu'on peut avoir envie de substituer, sont, ou meubles, ou immeubles, ou incorporelles;

2° Ou elles sont dans notre propriété, ou ou elles sont dans celle d'un tiers.

§. I. *Des choses qu'on peut substituer, considérées comme meubles, immeubles et incorporelles.*

Art. I. *Des meubles.*

Le droit romain permettait de substituer des meubles, tels qu'un habit, un vase, une somme de deniers, un esclave, etc. C'est ce que nous apprennent les Institutes de Justinien, titre *de singulis rebus per fideicommissum relictis*.

Mais l'ordonnance des Substitutions de 1747 a modifié considérablement cette faculté. Voici ce qu'elle porte là-dessus, tit. 1:

« Art. 4. Les deniers comptans, droits et effets mobiliers, sont censés compris dans la Substitution, lorsqu'elle sera apposée à une disposition universelle, ou faite par forme de quotité, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par l'auteur de la Substitution; et il en sera fait emploi, ainsi qu'il sera réglé par le titre second, à l'exception de ceux qui seront ci-après marqués.

» 5. Les biens mentionnés dans l'article précédent, ne pourront être chargés d'aucune Substitution particulière, qu'en cas qu'il ait été ordonné expressément, par l'auteur de la Substitution, qu'il sera fait emploi des deniers comptans, ou de ceux qui proviendront de la vente ou du recouvrement desdits meubles, droits ou effets mobiliers.

» 6. N'entendons comprendre dans la disposition des deux articles précédens, les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, lesquels seront compris dans les Substitutions desdites terres, sans distinction entre les dispositions universelles et particulières; et le grevé de Substitution ne sera point tenu de les vendre et d'en faire emploi; mais il sera obligé de les faire priser et estimer, ainsi qu'il sera réglé par le tit. 2, pour en rendre d'une égale valeur lors de la restitution du fidéicommis, à peine de tous dépens, dommages et intérêts.

» 7. Les meubles meublans et autres choses mobilières qui servent à l'usage ou à l'ornement des châteaux ou maisons, pourront être chargés des mêmes Substitutions que les châteaux ou maisons où ils seront, pour être conservés en nature; pourvu néanmoins que l'auteur de la Substitution l'ait ainsi expressément ordonné, soit qu'il s'agisse d'une Substitution universelle, ou qu'elle soit particulière; et en ce cas, le grevé de Substitution sera tenu de les rendre en nature, tels qu'ils seront lors de la restitution du fidéicommis, à peine de tous dépens, dommages et intérêts.

» 8. Faisons défense de faire aucune Substitution universelle ou particulière, sous la condition de conserver en nature aucuns autres effets mobiliers que ceux qui sont mentionnés dans les deux articles précédens, à peine de nullité de la Substitution à l'égard

desdits effets. Voulons que celui auquel ladite condition aurait été imposée, les possède librement, sans même qu'il soit tenu d'en imputer la valeur sur ses détractions.

» 9. Les Substitutions apposées aux donations entre-vifs, ne pourront avoir leur effet à l'égard des meubles ou effets mobiliers, qu'en cas qu'il en ait été fait un état signé des parties et annexé à la minute de la donation, lequel état contiendra l'estimation desdits meubles et effets; le tout, à peine de nullité de la Substitution à l'égard desdits effets; sans préjudice au surplus de l'exécution de l'art. 15 de notre ordonnance du mois de février 1731, concernant les donations.

» 10. Le donataire chargé de Substitution, sera tenu de faire emploi du prix des meubles et effets qui auront été compris dans l'état mentionné en l'article précédent, lequel emploi sera fait suivant ce qui sera prescrit par le tit. 2 de la présente ordonnance ».

[[II. Le Code civil maintient la disposition de l'art. 6; mais il déroge à l'art. 8. Voici ses termes :

« Art. 1063. Les meubles meublans et autres choses mobilières qui auraient été compris dans la disposition, à la condition expresse de les conserver en nature, seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution.

» 1064. Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, seront censés compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres, et le grevé sera seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre une égale valeur lors de la restitution ».

V. ci-après, sect. 11, §. 2.]]

ART. II. *Des immeubles.*

On n'a jamais douté que les immeubles réels ne fussent passibles de Substitution fidéicommissaire. Les Institutes de Justinien, à l'endroit qu'on vient de citer, en contiennent une disposition expresse, et l'art. 2 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 l'a consacrée en ces termes : « Les biens qui sont immeu» bles par leur nature, pourront être char» gés de Substitution, encore qu'ils fussent » réputés meubles à certains égards par les » dispositions des lois ou coutumes des lieux ».

Ainsi, les *cateux*, espèce de biens dont il est parlé sous ce mot, les maisons régies par les coutumes de Lille et de Douai, les francs-alleux soumis à la coutume de la châtellenie de Lille, tout cela, quoique réputé meuble, peut être substitué et recevoir l'impression d'un fidéicommis.

ART. III. *Des choses incorporelles.*

I. Les droits incorporels sont de deux espèces : les uns ne sont, en quelque sorte, que des parties intellectuelles de biens-fonds, et ne peuvent exister que par eux. Telles sont les servitudes, les rentes foncières, les rentes hypothéquées en Hainaut (1), etc. Les autres existent ou peuvent exister indépendamment d'un bien-fonds, et n'ont, pour parler la langue des métaphysiciens, d'autre *sujet* que la personne même à qui ils appartiennent : tels sont les rentes constituées, les offices, les intérêts dans les entreprises de commerce, les créances personnelles, etc.

Les premiers peuvent, sans contredit, être substitués, puisqu'ils sont vraiment immeubles, et même compris sous la dénomination d'*héritages*.

II. A l'égard des seconds, il est d'abord certain que les rentes constituées et les offices sont passibles de Substitutions. L'art. 3 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 y est formel : « Les offices (porte-t-il) et les rentes consti» tuées à prix d'argent, pourront être char» gés de Substitution, soit dans les pays où les » biens de ladite qualité sont réputés immeu» bles, soit dans ceux où ils sont regardés » comme meubles; et en cas de vente, sup» pression ou réunion desdits offices, ou de » rachat desdites rentes, il sera fait emploi » du prix desdits offices porté par le contrat » de vente, ou qui aura été par nous fixé, ou » du principal desdites rentes en cas de rem» boursement; le tout, suivant les règles » prescrites par le tit. 2 de la présente or» donnance ».

III. Peut-on dire la même chose d'un intérêt dans une société de commerce?

Il y a là-dessus un principe très-simple : c'est que l'art. 4 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 range, par rapport aux Substitutions, les *droits mobiliers* sur la même ligne que les véritables meubles. Ainsi, la question dépend uniquement du point de savoir si l'intérêt dont il s'agit, forme un droit mobilier, ou s'il doit être réputé immeuble. Au premier cas, il est clair qu'on ne peut pas le substituer en nature; au second, nul doute qu'on ne doive suivre, à cet égard, la même règle que pour les rentes et les offices.

(1) *V.* l'article *Rente constituée*, §. 11, n° 1.

Quel parti faut-il donc prendre sur ce point? Un arrêt rendu depuis peu au parlement de Paris, va résoudre ce doute.

Le sieur de la Vieuville avait, par son testament du 17 mai 1780, légué au sieur Boutin de Pomery, son parent et l'un de ses héritiers présomptifs, quatorze deniers d'intérêt qui lui appartenaient dans la manufacture des glaces. Deux des héritiers aux propres ont réclamé les quatre quints de cet intérêt, comme étant un effet immobilier, et, comme tel, susceptible de la qualité de propre. Le sieur Boutin de Pomery a soutenu, au contraire, que cet intérêt était purement mobilier, et qu'en conséquence le testateur avait pu en disposer librement.

Après une plaidoirie de plusieurs audiences, dans laquelle MM. Treilhard et Hardouin pour les héritiers, et M. Gerbier pour le légataire, ont développé tout l'art d'une discussion aussi habile que savante, M. l'avocat-général Joly de Fleury a pris la parole, et a dit en substance :

« La manufacture des glaces est une société de commerce dans laquelle les intéressés sont associés en commandite pour partager entr'eux les profits et les pertes, à proportion de leur intérêt. Les bénéfices, profits et produits se répartissent en argent; ainsi, un intérêt qui n'a pour objet que de l'argent, doit être nécessairement mobilier. Si à cette société est attaché un privilége, ce privilége ne change ni son objet ni sa nature.

» Par lui-même, le privilége n'est ni mobilier ni immobilier : droit purement incorporel, il suit la nature de l'objet auquel il est attaché. Ainsi, le privilége perpétuel accordé aux propriétaires du marché aux veaux, a été jugé immobilier, parceque ce marché est un fonds, un immeuble; et par la raison contraire, un privilége accordé à une entreprise de commerce, est purement mobilier. Il est encore plus étranger à la nature immobilière, quand il n'est accordé qu'à temps : alors il participe de la nature des choses fongibles qui se consomment par l'usage.

» Tel est le privilége de la manufacture des glaces, qui n'a été accordé que pour trente ans, et qui, dans onze ans, sera éteint. On a toujours jugé meubles ces sortes d'intérêts, soit dans les manufactures, soit dans les voitures publiques, soit dans les sous-fermes, soit dans le commerce de la compagnie des Indes, soit enfin dans toutes les affaires de cette espèce, ainsi que le prouvent nombre d'arrêts rapportés dans nos livres ».

Ces motifs ont déterminé M. l'avocat-général à regarder comme meuble l'intérêt légué au sieur Boutin de Pomery; et son opinion a été adoptée par arrêt du 27 août 1781.

Par là, il est jugé implicitement qu'on ne peut pas substituer en nature un intérêt dans une société de commerce.

Cependant on citait dans la cause dont nous venons de rendre compte, un arrêt tout récent qui avait décidé le contraire. Il importe sans doute d'en connaître l'espèce; la voici :

La dame Dumoulin était propriétaire de vingt-sept deniers d'intérêt dans la manufacture des glaces. En 1739, c'est-à-dire, dans un temps où les dispositions de l'ordonnance de 1747 n'étaient encore qu'en projet, elle fait un testament et un codicille par lesquels elle nomme le sieur Santilly, son neveu, et la dame Combaut, sa nièce, ses légataires universels, chacun pour un sixième; et elle grève le sieur Santilly de Substitution envers ses enfans, et, à défaut d'enfans, envers la dame Combaut sa sœur.

Le sieur Santilly recueille donc, à raison de son sixième, quatre deniers et demi d'intérêt dans la manufacture des glaces. Il en jouit jusqu'à sa mort, arrivée en février 1780. Il est à remarquer que, lors du testament de la dame Dumoulin, en 1739, il avait été accordé aux intéressés, en 1727, un nouveau privilége qui devait expirer en 1762, et qu'en 1762, c'est-à-dire, pendant la jouissance du sieur Santilly, il avait été accordé un nouveau privilége pour trente autres années.

Après la mort du sieur Santilly, la dame Combaut s'est fait envoyer en possession de la Substitution, et notamment des quatre deniers et demi d'intérêt dans la manufacture.

La veuve du sieur Santilly, comme donataire en toute propriété des biens de son mari, a formé opposition entre les mains des directeurs et intéressés; et elle a prétendu que l'intérêt même lui appartenait, comme il avait appartenu à son mari, sauf la valeur qu'il avait au moment où il en avait pris possession, et qu'elle a offert de rendre à la dame Combaut.

Les créanciers du sieur Santilly, qui n'avaient, à ce qu'il paraît, pour gage de leurs créances, que l'intérêt dans la manufacture, sont intervenus, et ont adhéré aux conclusions de la dame Santilly.

De la part de la veuve et des créanciers, on a soutenu qu'un intérêt dans la manufacture des glaces n'est que la co-propriété de ce qui compose la manufacture, c'est-à-dire, du privilége, qui est mobilier, des outils, ustensiles, matières premières, glaces fabriquées, fonds en caisses, créances et obligations sur particuliers, et enfin de l'emplacement et des

bâtimens, qui, n'étant que l'accessoire de la manufacture, sont mobiliers comme elle; que tous ces objets mobiliers sont de la nature des meubles qu'on appelle fongibles, c'est-à-dire, dont on ne peut faire usage sans les détruire ou les aliéner; que les meubles de cette espèce ne sont pas plus susceptibles de Substitution en nature que d'usufruit; que les lois romaines n'ont permis d'en léguer l'usufruit, qu'en tant que l'usufruitier en devenait propriétaire, sauf l'estimation de leur valeur, qu'il était seulement tenu de rendre; que cela résulte des textes qu'on trouve dans les Institutes, titre *de usufructu*, et dans le Digeste, titre *de usufructu earum rerum*; qu'il est prouvé, par les réponses des parlemens aux questions proposées par M. d'Aguesseau, lorsqu'il s'occupait de l'ordonnance de 1747, et par l'autorité de M. d'Aguesseau lui-même, que les lois romaines relatives à l'usufruit des choses mobilières fongibles, s'appliquent parfaitement aux Substitutions; et que partout où les Substitutions de choses de cette espèce ont été autorisées, le grevé n'a été tenu de rendre autre chose que l'estimation de leur valeur, au moment de son entrée en jouissance; qu'au moins on ne pouvait nier qu'à compter de 1762, le sieur Santilly ne fût devenu propriétaire de l'intérêt, puisque le nouveau privilége accordé à cette époque par le roi, était une concession qui lui était personnelle, et que la dame Dumoulin n'avait pu grever de Substitution; qu'ainsi, tout au plus la dame Combaut avait à répéter la valeur des quatre deniers et demi d'intérêt, telle qu'elle était en 1762; qu'on ne pouvait pas faire profiter la Substitution des accroissemens qui ne provenaient que des soins, du travail, de l'intelligence, de l'économie des intéressés, et par conséquent du sieur Santilly; que l'une des causes principales de ces accroissemens, était qu'au lieu de faire entr'eux des répartitions annuelles de tout le produit de la vente, les intéressés ne s'étaient distribué qu'une partie de ce produit, et qu'ils avaient laissé le reste en masse; que, si le sieur Santilly avait touché ces distributions, elles seraient aujourd'hui dans sa succession; qu'il n'était pas juste, parcequ'il s'en était privé, que la Substitution s'enrichît de ces privations; que Peregrinus et Pusarius décident que, dans une Substitution dont fait partie un fonds de commerce, les accroissemens profitent au grevé ou à ses héritiers, et qu'ils ne sont obligés de restituer que le prix du fonds de commerce, sur le pied de son estimation au temps du décès de l'auteur de la Substitution; qu'enfin, une veuve et des créanciers *qui certant tantùm de damno vitando*, méritent bien plus de faveur qu'un appelé à qui l'on offre tout ce qui était dans la Substitution au moment de la mort de sa fondatrice, et qui, le refusant pour en gagner les bénéfices, *certat de lucro captando*.

La dame Combaut répondait qu'il était très-possible de jouir d'un intérêt dans une manufacture de glaces, sans le consommer, sans le détruire, sans en altérer la substance; que cela était arrivé au sieur Santilly lui-même, qui avait joui d'un intérêt de quatre deniers et demi, après la dame Dumoulin, après que cet intérêt existait encore.

« Léguer l'usufruit d'un intérêt dans la manufacture des glaces (a-t-elle ajouté), n'est pas léguer le droit de jouir des effets qui appartiennent à cette manufacture : c'est léguer le droit de percevoir les fruits de l'intérêt, de prendre part à toutes les répartitions qui se feront pendant la durée de l'usufruit.

» Ainsi, que les effets d'une manufacture périssent ou se détériorent, cela ne change rien à la jouissance de l'usufruitier ou du grevé de Substitution; le fonds du droit de l'intérêt est toujours le même, malgré tous les changemens qui arrivent dans les effets particuliers..... Or, c'est du fonds de ce droit que l'usufruitier et le grevé ont droit de jouir.

» Le privilége exclusif de fabriquer des glaces, n'est point la manufacture..... Ce qui forme la manufacture, c'est l'association, la corporation de tous les intérêts; c'est le mélange, la communauté des biens. Tant que les effets sont communs, tant qu'il n'y a ni dissolution ni partage de fonds, l'association subsiste; la manufacture est la même : dès-lors, point de changement dans l'intérêt qu'a chaque associé ou participe dans la manufacture.

» Le sieur Santilly n'a jamais été concessionnaire du privilége actuel..... C'est la compagnie, qui, sans le consulter, a sollicité et obtenu des lettres-patentes..... Elle ne les a sollicitées et obtenues pour aucun intérêt en particulier, mais pour la chose même, pour tous ceux en général qui y ont intérêt, pour les propriétaires comme pour les usufruitiers, pour les appelés comme pour les grevés de Substitution..... En un mot, c'est à la manufacture que le *renouvellement* de privilége a été accordé; il profite donc à tous ceux qui ont droit à la chose.

» Il est certain qu'un grevé de Substitution qui a fait sur le fonds substitué des augmentations, des améliorations, est en droit de retenir ses impenses. Mais que, par le béné-

fice du temps, par des événemens heureux, par sa nature même, la chose augmente de valeur, le grevé de Substitution n'a rien à prétendre : pendant sa vie, il jouit de ces augmentations; à sa mort, les augmentations passent, avec la chose, à celui qui est appelé à la recueillir.

» Grevé de Substitution, le sieur Santilly se trouve n'avoir été qu'un simple usufruitier; c'est-à-dire qu'il a eu le droit de prendre tous les ans une part dans les répartitions : il a perçu tous les fruits qui lui appartenaient.

» Si la chose est augmentée, ce n'est pas du fait du sieur Santilly; l'augmentation vient du bénéfice du temps, des progrès qu'a faits le goût des glaces, de la perfection de la fabrique, de l'intelligence des administrateurs, et de mille autres circonstances que le sieur Santilly ne peut pas s'attribuer, et dont il n'est pas permis à ses représentans de venir demander le prix ».

Sur ces raisons, sentence du châtelet qui envoie la dame Combaut en possession de l'intérêt. Appel : et le 5 janvier 1781, arrêt confirmatif.

On voit, par les détails de cette affaire, qu'elle ne devait pas être, et qu'elle n'a pas été décidée par les principes que l'ordonnance de 1747 a établis. Ainsi, rien à conclure de l'arrêt qui l'a jugée contre l'opinion adoptée par celui du 27 août suivant. Tout ce qu'on peut raisonnablement en inférer, c'est qu'avant l'ordonnance de 1747, les meubles *fructueux* étaient susceptibles de Substitution en nature.

IV. Il nous reste à parler des créances purement personnelles. On devine bien qu'elles ne peuvent pas être substituées en nature, puisqu'elles sont mobilières dans toute la force de ce terme; il faut donc y appliquer tout ce que l'ordonnance de 1747 a réglé par rapport aux Substitutions de *droits mobiliers*.

[[V. Aujourd'hui, comme sous l'ancien droit, les intérêts dans les sociétés de commerce et les créances purement personnelles, sont mises au rang des effets mobiliers (1). Mais on peut, d'après l'art. 1063 du Code civil, les comprendre en nature dans une des Substitutions qui sont permises tant par les art. 1048 et 1049 du même Code, que par la loi du 17 mai 1826.

Quant aux Substitutions créées en forme de majorat, elles ne peuvent affecter que des immeubles réels, et des rentes sur l'État ou actions de la banque de France, immobilisées. *V.* l'article *Majorat*, §. 6.]]

(1) *V.* l'article *Meuble*, n° 6, et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Action*, *Actionnaire*.

§. II. *Des choses qu'on peut substituer, considérées comme appartenant au substituant ou à autrui.*

I. Parmi les choses qu'on pourrait avoir envie de fidéicommisser, les unes appartiennent à l'auteur de la Substitution projetée, les autres sont dans la propriété d'autrui.

Les premières sont, ou disponibles, ou indisponibles, de la part de celui qui veut les substituer.

Si elles sont disponibles, elles peuvent sans difficulté recevoir l'impression du fidéicommis.

Si elles sont indisponibles, c'est, ou parcequ'elles forment la légitime de l'héritier qu'on se propose de grever, ou parcequ'elles lui sont déférées à titre de réserve coutumière, ou parcequ'elles sont déjà grevées de Substitution fidéicommissaire à son profit.

De ces trois cas, les deux premiers sont suffisamment discutés aux articles *Légitime*, sect. 7, §. 1; et *Réserve coutumière*, §. 2, n° 16.

II. A l'égard du troisième, il faut distinguer : ou l'on ne fait aucun avantage à la personne appelée à la Substitution qu'on veut renouveler à son préjudice, ou bien on la gratifie de quelque chose.

Lorsqu'on ne lui fait aucun avantage, point de doute que la Substitution ajoutée par le grevé à celle dont elle profite, ne soit radicalement nulle.

Cette vérité n'a jamais souffert de contestation que relativement au fidéicommis contenant pouvoir d'élire un d'entre plusieurs appelés, à l'exclusion des autres. Quelques-uns pensaient, le parlement de Toulouse jugeait même, qu'à cet égard, la règle générale devait admettre une exception, parceque, disait-on, quoique le grevé, en faisant le choix, ne donne rien du sien, il ne laisse pas de gratifier l'élu, en le préférant aux autres. Mais cette raison n'a point touché le législateur : par l'art. 63 de l'ordonnance de 1735, il a été déclaré que « celui qui aurait été chargé » d'élire un des enfans du testateur ou autres, » ne pourrait grever celui qu'il choisirait, » d'aucune Substitution, même en faveur » d'un autre éligible, si ce n'est que le testa» teur ne lui en eût donné expressément le pou» voir par son testament ».

Ce texte ne parle que des Substitutions testamentaires, mais l'art. 14 du tit. 1 de l'or-

donnance de 1747 en étend la disposition à celles qui sont faites par actes entre-vifs : « Lorsque la donation ou l'institution con-» tractuelle (porte-t-il) aura été faite à charge » de remettre les biens donnés à celui que le » donateur ou le donataire voudra choisir, » celui qui sera élu, ne pourra, sous pré-» texte d'élection faite en sa faveur, être » chargé d'aucune Substitution ».

Lorsque le grevé fait quelque avantage au Substitué, il est universellement reconnu qu'il peut renouveler à son préjudice, et continuer dans sa personne, le fidéicommis dont il a été grevé envers lui. C'est ce que prouve d'ailleurs la loi 77, §. 31, D. *de legatis* 2°. Mévius est chargé de rendre l'hérédité de Seïus à Titius, son frère. Il institue celui-ci héritier, et le prie de rendre, avec sa propre succession, celle même de Seïus, à un tiers nommé Sempronius. On demande si Titius ne peut pas distraire du fidéicommis qui lui est imposé en faveur de Sempronius, la succession de Seïus, comme lui étant due par la Substitution dont Mévius était chargé à son profit? La loi répond qu'il ne le peut pas, attendu, dit-elle, que Titius a profité des fruits des deux hérédités, ce qui le récompense suffisamment de la Substitution qui avait été faite en sa faveur : *Cùm ex fructibus medii temporis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset, œris alieni loco non esse deducendum fideicommissum, quoniàm ratione compensationis percepisse videbatur.* La loi ajoute que Titius doit renoncer à la succession de Mévius, son frère, s'il veut se dispenser de rendre celle de Seïus : *Prudentiùs autem fecerit, si ex testamento fratris hereditatem repudiaverit.*

Le §. 11, *de fideicommissariis hereditatibus*, aux Institutes, paraît, au premier coup-d'œil, aller beaucoup plus loin. Il porte indistinctement qu'on peut charger ceux à qui l'on restitue des biens en vertu d'une Substitution fidéicommissaire, de les rendre eux-mêmes à d'autres; mais sans doute c'est ici le cas de la règle qui veut qu'une loi trop peu développée s'explique et se modifie par celle qui l'est davantage; et dès-lors, le texte que nous citons, ne peut s'entendre que du substitué à qui le grevé a fait quelque gratification particulière.

Il s'est présenté depuis peu, sur la matière que nous discutons, une espèce qui, par sa singularité, mérite ici une place.

Lucrèce de Grimoard, épouse du sieur de Carbonnières, domiciliée en pays de droit écrit, fait, le 1er septembre 1774, un testament par lequel elle nomme son mari héritier universel.

Le mari recueille la succession à laquelle il est appelé par cet acte, et fait lui-même un testament par lequel il institue pour son héritier dans l'universalité des biens provenans de son épouse, le sieur Bertin de Frateaux, *pour en disposer entièrement à son gré, attendu que c'est la volonté de sa chère épouse qu'il remplit.* « Et où le sieur Bertin de Frateaux (ajoute-t-il) » arriverait à décéder sans enfans, je lui substi-» tue, pour recevoir ladite hérédité, le sieur » de Carbonnières de la Capelle, son neveu, » ou ses enfans mâles ou filles, par ordre de pri-» mogéniture; et à défaut dudit neveu sans » enfans, je veux que la Substitution soit ou-» verte en faveur du sieur de Carbonnières » de Mongeofre et ses enfans mâles par droit » de représentation, voulant que la Substi-» tution se continue dans sa famille du nom » de Carbonnières, à commencer par ses » plus proches parens ».

Le sieur Bertin de Frateaux recueille les biens de cette institution, et en jouit paisiblement pendant trente ans. Il meurt en 1778, laissant M. Bertin, ministre d'état, pour son héritier.

Les fils du sieur de Carbonnières de Mongeofre demandent l'ouverture de la Substitution; sentence par défaut qui la leur accorde.

Appel.

M. Target dit pour M. Bertin, que « l'ins-» titution avec plein pouvoir de disposer, et » la clause du fidéicommis contenu dans le » testament du sieur Bertin de Frateaux, sont » deux choses absolument incompatibles et » contradictoires. Il n'y a rien (poursuit-il) » de plus inconciliable qu'une propriété libre » et une propriété grevée de Substitution. » Celui qui est libre, peut aliéner; celui qui » est grevé de Substitution, ne le peut pas, » et ses aliénations sont nulles. Il faut choisir » entre ces deux dispositions, et certaine-» ment on ne peut que s'arrêter à la plus » claire, qui est en première ligne, celle par » laquelle il donne en toute propriété au sieur » Bertin de Frateaux. D'ailleurs, le sieur de » Carbonnières déclarant, par son testament, » remplir dans cette institution le vœu de sa » femme, n'était plus libre dès-lors de gre-» ver en aucune manière les biens qu'il avait » été chargé par sa femme de rendre; ainsi » la nouvelle Substitution qu'il a voulu faire, » est nulle et ne peut être exécutée ».

M. Treilhard, pour les sieurs de Carbonnières, établit que le sieur Bertin de Frateaux

n'avait pas recueilli les biens qui composaient l'institution du sieur de Carbonnières, en vertu d'une Substitution verbale; que l'ordonnance de 1735, art. 1, défend d'avoir égard à toute disposition testamentaire ou à cause de mort qui serait faite verbalement, et d'en admettre la preuve testimoniale, même sous prétexte de modicité, mais en vertu de la seule volonté du testateur; que l'allégation du fidéicommis verbal de sa femme, réprouvé par l'ordonnance, doit être regardée comme non avenue; que, dès-lors, il a pu valablement charger M. Bertin qu'il instituait, de Substitution envers son neveu; que les deux dispositions du sieur de Carbonnières sont claires et intelligibles; qu'il a voulu d'abord faire passer ses biens à M. Bertin, et après lui à ses neveux, les sieurs de Carbonnières; que, mal à propos, on veut prouver la nullité de la Substitution, par la première clause qui donne les biens pour en jouir librement, tandis qu'au contraire, les biens n'étaient pas libres, puisqu'ils étaient grevés, et que la clause de la Substitution avait été comme une modification ou rétractation de la première volonté du testateur; qu'en fait de testament, c'est toujours la dernière volonté qui doit prévaloir, et qui fait valider le dernier testament de préférence au premier; et que, par la même raison, la seconde volonté du testateur, quoique dans un même testament, doit servir à interpréter la première, et être exécutée de préférence.

Sur ces raisons adoptées par M. l'avocat-général d'Aguesseau, arrêt de la grand'-chambre du parlement de Paris, du 5 juillet 1781, qui confirme la sentence et déclare la Substitution ouverte au profit des sieurs de Carbonnières.

III. Occupons-nous maintenant des choses qui n'appartiennent point au substituant.

Peut-il les charger de fidéicommis? Il le peut, sans contredit, de la même manière qu'il lui est libre de substituer une chose à l'égard de laquelle il a lui-même les mains liées par une Substitution; mais, on le sent, il faut, pour cela, qu'il gratifie directement ou indirectement la personne à qui il impose cette charge. *V.* l'article *Legs*, sect. 3, §. 3 [[et pour le droit actuel, ce qui y est dit, n° 4.]]

VI. Par-là se résoud la question de savoir si l'on peut substituer ce qu'on a donné précédemment. Le droit romain l'avait prévue et décidée par la loi 37, §. 3, D. *de legatis* 3°; par la loi 16, D. *de mortis causâ donationibus*; par la loi 4, C. *de donationibus quæ sub modo*; et par la loi 77, §. 1 et 2, D. *de legatis* 2°.

Voici de quelle manière l'ordonnance de 1747 a rendu et expliqué, sur ce point, l'esprit de ces lois:

« Tit. 1, art. 13. Les biens qui auront été donnés par un contrat de mariage ou par une donation entre-vifs, sans aucune charge de Substitution, ne pourront en être grevés par une donation ou disposition postérieure, encore qu'il s'agisse d'une donation faite par un père à ses enfans, que la Substitution comprenne expressément les biens donnés, et qu'elle soit faite en faveur des enfans ou descendans du donateur ou donataire.

» 14. Lorsque la donation ou l'institution contractuelle aura été faite à charge de remettre les biens donnés à celui que le donateur ou le donataire voudra choisir, celui qui sera élu ne pourra, sous prétexte de l'élection faite en sa faveur, être chargé d'aucune Substitution.

» 15. Le contenu aux articles précédens sera observé, quand même le contrat de mariage ou l'acte de donation contiendrait une réserve faite par le donateur, de la faculté de charger dans la suite de Substitution les biens par lui donnés, laquelle réserve sera regardée à l'avenir comme nulle et de nul effet, sans préjudice de l'exécution des réserves portées par des actes antérieurs à la publication de la présente ordonnance.

» 16. N'entendons rien innover par les art. 13, 14 et 15, en ce qui concerne les dispositions par lesquelles le donateur ferait une nouvelle libéralité au donataire, soit entre-vifs ou à cause de mort, à condition que les biens qu'il lui avait précédemment donnés, demeureraient chargés de Substitution; et en cas que le donataire accepte la nouvelle libéralité faite sous ladite condition, il ne lui sera plus permis de diviser les deux dispositions faites à son profit, et de renoncer à la seconde, pour s'en tenir à la première, quand même il offrirait de rendre les biens compris dans la seconde disposition avec les fruits par lui perçus.

» 17. Dans le cas porté par l'article précédent, où le donataire aurait accepté la nouvelle libéralité faite sous la condition de Substitution, même pour les biens précédemment donnés, ladite Substitution n'aura effet que du jour qu'il l'aura acceptée ou qu'il en aura fait ordonner l'exécution à son profit.

» 18. N'entendons que la disposition des art. 13, 14 et 15, puisse avoir effet pour les donations entre mari et femme, ou faites par le père de famille aux enfans étant en sa puissance, ou autre donation à cause de mort, dans les pays où elles sont en usage ».

[[Le Code civil renouvelle, pour les Substitutions permises aux pères, aux mères, aux frères et aux sœurs, la disposition que vient de nous offrir l'art. 16 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747. « Si l'enfant (porte-t-il, » art. 1052), le frère ou la sœur auxquels les » biens auraient été donnés par acte entre-» vifs, sans charge de restitution, acceptent » une nouvelle libéralité faite par acte entre-» vifs ou testamentaire, sous la condition que » les biens précédemment donnés demeure-» ront grevés de cette charge, il ne leur est » plus permis de diviser les deux dispositions » faites à leur profit; et de renoncer à la se-» conde pour s'en tenir à la première, quand » même ils offriraient de rendre les biens » compris dans la seconde disposition ».

Et il est à remarquer que la loi du 17 mai 1826 déclare cet article commun aux Substitutions qu'elle permet à tout donateur ou testateur.]]

V. Au surplus, pour qu'on soit censé faire de pareilles Substitutions, il faut qu'il en existe une disposition bien expresse : dans le doute, on ne peut pas présumer qu'un homme ait voulu imposer une telle charge au propre bien de son héritier.

Cette vérité paraît incontestable; cependant elle a été contestée, ou plutôt on a cherché à l'éluder dans l'espèce suivante, que nous puisons dans la *Gazette des Tribunaux* :

« Le sieur M... de M..., marié deux fois, avait laissé plusieurs enfans d'un premier lit, et un d'un second qui était le sieur M... de B...

» Le sieur M..., en convolant aux deuxièmes noces avec la demoiselle Ravauge de Bompré, n'avait pas cessé d'être attaché à ses enfans du premier lit; en conséquence, il voulut que le produit de ses épargnes leur appartînt, exclusivement à la deuxième femme, et qu'elle n'en pût rien transmettre à ses collatéraux, ni par droit de succession, ni par aucune disposition. Son contrat de mariage fut rédigé selon ses intentions. On y stipula une communauté, mais sous la condition qu'elle ne serait profitable qu'à ses enfans; que les héritiers de la femme ne pourraient y participer dans aucun cas; qu'elle-même, si elle survivait, n'y aurait aucune propriété, mais serait réduite à un simple usufruit avec charge d'emploi.

» La clause du contrat de mariage était importante; nous croyons devoir la rapporter littéralement.

» Après l'établissement de la communauté entre les deux conjoints, selon la coutume de Paris, la fixation de la somme de 2000 livres pour y entrer de la part de chacun d'eux, la stipulation que chacun paiera ses dettes, sans être tenu de celles de l'autre; le contrat de mariage s'exprime ainsi : *Dans le cas où ce sera la future qui survivra, elle ne jouira, soit qu'il y ait des enfans ou non du mariage, de sa portion de communauté que viagèrement, ainsi que de celles auxquelles elle viendrait à succéder, comme héritière de ses enfans; lesdites portions réservées, savoir : celle qui sera avenue à la future par son partage dans la communauté, pour retourner, après la cessation dudit usufruit, aux enfans du présent mariage, ou à leur défaut aux autres enfans du sieur M...; et celles dont la future doit jouir viagèrement comme héritière mobilière de ses enfans, pour retourner et être partagées entre tous les enfans, tant du premier que du second lit, suivant l'ordre des successions, et ce dans le cas où il n'en aura pas été autrement disposé par le sieur M....*

» La dame M... était décédée la première, laissant un fils unique, le sieur M... de B... Elle avait fait un testament olographe le 9 juin 1781, par lequel elle lui donnait l'usufruit de tous ses biens, avec charge de Substitution pour la propriété aux enfans nés et à naître de l'usufruitier légataire, et à défaut d'enfans, aux héritiers maternels d'elle, testatrice.

» Ce testament a fait naître une contestation entre le tuteur de l'enfant et le curateur à la Substitution, pour savoir sur quels biens elle devait s'étendre.

» On a soutenu, au nom de l'enfant, 1° que les biens de la testatrice, situés dans la coutume de Bourbonnais, ne pouvaient être compris dans la Substitution, attendu la disposition expresse de cette coutume prohibitive de toute Substitution par testament; 2° que la Substitution ne pouvait s'étendre non plus aux biens qui comprenaient la moitié de la communauté entre la défunte et le sieur M... de M..., parcequ'aux termes du contrat de mariage, la propriété de la part de la femme ne pouvait jamais, en aucun cas, lui appartenir, et qu'elle n'en pouvait avoir qu'une simple jouissance viagère.

» Le curateur à la Substitution a soutenu qu'elle devait s'étendre sur tous les biens que l'enfant était censé recueillir.

» La sentence des premiers juges et l'arrêt confirmatif de cette sentence du 18 août 1784, conforme aux conclusions de M. l'avocat-général Séguier, ont déclaré libres et exempts de la Substitution, soit les biens situés dans la province de Bourbonnais, conformément à la

disposition de cette coutume, soit ceux provenant de la moitié de la communauté qui a existé entre le mari et la femme, et dont la femme, aux termes de son contrat de mariage, ne pouvait prétendre que l'usufruit pendant sa vie, l'exécution du testament ordonnée à l'égard du surplus. Le curateur à la Substitution condamné aux dépens ».

SECTION VII. *Par quels actes peut-on substituer? Quelles sont les formalités nécessaires pour la validité et l'effet des Substitutions?*

Ces questions embrassent trois objets qu'il faut examiner séparément : ce sont

1° Le caractère des actes par lesquels on peut substituer,

2° Les formalités dont ils doivent être revêtus au moment de leur passation,

3° Les formalités qui doivent en suivre la passation, pour qu'ils puissent avoir leur entier effet, c'est-à-dire, la publication et l'enregistrement, [[aujourd'hui la transcription]].

§. I. *Par quels actes peut-on substituer?*

I. Dans l'ancien droit, on ne pouvait substituer que par des actes de dernière volonté, c'est-à-dire, des testamens, des codicilles et des donations à cause de mort. Tous les textes du Digeste qui parlent des fidéicommis, ne le font que par relation à ces trois espèces d'actes; et c'est de là que la loi 2, D. *de legatis* 1°, limite la faculté de substituer à ceux qui ont celle de tester : *sciendum est eos demùm fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent.* A la vérité, les lois 21 et 37, §. 3, D. *de legatis* 3°, et la loi 22, C. *de fideicommissis*, permettent de faire des Substitutions par un simple signe de tête, par une lettre missive, par un écrit quelconque : mais dans ces formes mêmes, les Substitutions étaient toujours censées faites par codicilles; car, dit Cujas (sur la loi 2, D. *de legatis* 1°), *hæc omnia vicem codicillorum obtinebant.*

On conçoit facilement la raison pour laquelle on restreignait ainsi aux actes de dernière volonté, l'usage des Substitutions fidéicommissaires : c'est qu'en effet, elles forment par leur nature des dispositions à cause de mort. Nous en avons deux preuves bien sensibles : la première est qu'elles se font en faveur de personnes qui ne sont point parties dans l'acte, ce qui très-certainement ne peut convenir à un acte entre-vifs où l'on n'acquiert de droit que par des stipulations réciproques; la seconde, c'est que, comme on a vu à l'article *Révocation de Substitution*, elles furent de tout temps révocables dans le droit romain.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence du Code a étendu sur ce point la faculté de substituer : la loi 3, C. *de donationibus quæ sub modo*, a permis de le faire par donation entre-vifs, et cette disposition a passé dans nos mœurs. L'ordonnance de 1747 n'a point là-dessus d'article exprès, mais son préambule renferme une énonciation qui y supplée. Il porte « que les Substitutions fidéicommissaires peuvent se faire également par l'un ou » par l'autre genre de disposition », c'est-à-dire, par donations entre-vifs, et par testament ou codicille :

On a prétendu, en 1692, que l'ancien droit devait encore être suivi dans la Belgique. C'était au sujet d'une Substitution qui avait été faite par donation entre-vifs, d'une terre régie par la coutume de Luxembourg : mais M. de Corberon, procureur général du parlement de Metz, a réfuté victorieusement ce système :

« Nous trouvons (a-t-il dit) que l'art. 15 de l'édit perpétuel de 1611 décide formellement que les clauses de fidéicommis et de Substitution, énoncées dans les testamens, donations ou contrats, sortiront effet, pourvu qu'elles soient enregistrées dans les justices où les biens dont on dispose, sont situés. L'article suivant est encore plus précis : il porte que toutes dispositions de Substitution, fidéicommis, prohibition d'aliéner, conditions de retour, ou autres semblables, faites par ordonnance de dernière volonté, ou par contrat entre-vifs, n'auront aucun effet que jusqu'au troisième degré, y compris la première institution.

» Antoine Anselmo, qui a commenté l'édit perpétuel, nous apprend dans ses notes sur le premier de ces articles, que les Substitutions contractuelles ont toujours été reçues dans la province de Luxembourg : *Moribus nostris, et juxtà hunc articulum et sequentem, non solùm testamento, sed et in contractu matrimonii, aliisque, conventionibus, heredes institui et substitui possunt* » (1).

[[II. Les art. 1048 et 1049 du Code civil, rapportés ci-dessus, sect. 1, §. 14, et la loi du 17 mai 1826, établissent aussi que les Substitutions encore permises, peuvent être faites *par actes entre-vifs ou testamentaires.*

III. A l'égard des Substitutions en forme de

(1) Augeard, tome 1, page 174, édition de 1756.

majorat, il ne faut pour les créer, ni donation entre-vifs, ni testament. *V.* l'article *Majorat*, §. 6.]]

§. II. *De quelles formalités faut-il que les Substitutions soient revêtues au moment où se passent les actes qui les établissent?*

Il n'y a, sur cet objet, qu'une seule règle, et elle est aussi simple que générale : c'est que les Substitutions sont sujettes à toutes les formalités des actes qui les contiennent.

Ainsi, veut-on substituer par un acte de dernière volonté? il faut remplir toutes les formalités prescrites par l'ordonnance de 1735; et s'il en est de particulières que les coutumes des lieux exigent, il faut encore les observer ponctuellement. Ce qu'on a dit là-dessus, dans la sect. 2 de l'article *Legs*, reçoit ici une application d'autant plus directe, que les legs ne diffèrent plus des fidéicommis, depuis que l'empereur Justinien les a entièrement assimilés les uns aux autres.

Lorsqu'on veut substituer par une donation entre-vifs, il faut se conformer en tout point aux différentes dispositions de l'ordonnance de 1731, et des coutumes particulières des lieux : sinon, point de fidéicommis; la nullité de la donation entraîne celle de toutes les clauses qui y sont renfermées.

Ainsi, un arrêt du parlement de Paris, du 10 juillet 1738, rendu « sur les conclusions » de M. Gilbert, entre le duc et la duchesse » de Luxembourg, et le sieur d'Estouville, a » jugé que la donation faite par M. de Seigne- » lay, ministre, à son fils aîné, de différentes » terres situées dans les coutumes de Sens et » d'Auxerre, étant nulle comme faite en ma- » ladie, la Substitution que cette donation » contenait, était également nulle ». Ce sont les termes de Denisart.

Dans le droit romain, le fidéicommis purement verbal était valable, et il pouvait être constaté par les aveux de celui qu'on prétendait grevé. C'est ce que prouvent le §. 12, aux Institutes, *de fideicommissariis hereditatibus*, et la loi dernière, C. *de fideicommissis*. C'est aussi ce qu'enseigne Despeisses, tome 4, page 125, d'après le président Maynard et Duranti.

« Il y a même (dit Serres dans ses *Institutions au Droit français*, liv. 2, tit. 23) un arrêt du parlement de Bordeaux du mois de mars 1739, qui, sur la demande de celui qui se prétendait substitué par un fidéicommis verbal, ordonna que l'héritier institué se purgerait par serment sur le fait du fidéicommis verbal.

» Mais (continue le même auteur) on est instruit que cet arrêt fut cassé par un autre du conseil, comme contraire à l'ordonnance de 1735, parcequ'en effet la preuve par serment deviendrait inutile, attendu que l'héritier, en avouant le fidéicommis verbal, découvrirait suffisamment le vice de la disposition, comme faite contre les termes de ladite ordonnance, qui veut que toutes les dispositions à cause de mort soient faites par écrit (1) ».

Au reste, pour revenir aux donations entre-vifs, l'accomplissement exact des formalités des donations dans la personne du donataire immédiat, suffit régulièrement pour valider la Substitution qui est apposée à un acte de cette espèce. Par exemple, quoique l'acceptation soit de l'essence de toutes les donations, il n'est point du tout nécessaire que le substitué accepte la libéralité à laquelle il est appelé en second ordre. L'ordonnance de 1731 dit expressément que la Substitution est valable par l'acceptation du premier donataire. [[*V.* l'article *Révocation de Substitution*.]]

Il ne faut pas non plus que le donateur, après s'être dessaisi envers le donataire immédiat, se dessaisisse encore pour le substitué. Une seule dessaisine suffit; en validant la donation, elle valide aussi la Substitution qui en fait partie.

Avant que l'ordonnance de 1731 eût réduit à deux formes, celle des donations entre-vifs et celle des testamens ou codicilles, toutes les manières de disposer à titre gratuit, le parlement de Paris autorisait les fidéicommis portés par des actes qui n'avaient ni l'une ni l'autre forme. C'est ce que prouve un arrêt du 18 juin 1678, qui est rapporté au *Journal du Palais*.

§. III. *Des formalités dont il faut que les actes contenant substitution, soient suivis pour qu'ils puissent avoir leur entier effet, c'est-à-dire, de la publication et de l'enregistrement,* [[*aujourd'hui, de la transcription*]].

Les différentes lois portées sur cette matière, méritent la plus grande attention.

Pour en présenter le détail avec ordre, nous parlerons d'abord de celles qui [[avant la loi du 14 novembre 1792, formaient]] le droit commun de la France;

Ensuite de celles qui, [[à la même époque, concernaient]] spécialement le Dauphiné, la Franche-Comté, la Belgique, le pays de Liége, [[et les pays gouvernés par les lois sardes;

(1) [[*V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 13 août 1810., rapporté aux mots *Fidéicommis tacite*, n° 5. *V.* aussi l'article *Testament*, sect. 4, §. 3.]]

Enfin, de la législation actuelle de la France.]]

Art. I. *Lois générales de la France* [[*avant la loi du 14 novembre* 1792.]]

La première de nos lois qui ait prescrit la publication et l'enregistrement des Substitutions, est l'art. 4 de l'édit de Henri II, du mois de mai 1553; mais comme elle ne reçut aucune exécution, il est inutile d'en retracer le contenu.

En 1566, l'ordonnance de Moulins renouvela cette disposition de la manière la plus formelle. Voici ce qu'elle porte, art. 57 : « Ordonnons aussi que dorénavant toutes » dispositions entre-vifs ou de dernière volonté, contenant Substitution, seront, » pour le regard d'icelles Substitutions, publiées en jugement à jour de plaidoirie, » et enregistrées ès siéges royaux plus prochains des lieux et demeurances de ceux qui » auront fait lesdites Substitutions; et ce » dedans six mois, à compter, quant aux » Substitutions testamentaires, du jour du » décès de ceux qui les auront faites; et pour » le regard des autres, du jour qu'elles au» ront été passées; autrement, seront nulles » et n'auront aucun effet ».

Le 10 juillet de la même année, il intervint une déclaration qui ordonna « que les Substi» tutions, après la publication d'icelles en » jugement, seraient enregistrées ès greffes » royaux plus prochains des lieux où les » choses seraient assises, et les demeurances » de ceux qui auraient faits lesdites Substi» tutions ».

Le 17 novembre 1690, autre déclaration, par laquelle, en dérogeant à l'art. 57 de l'ordonnance de Moulins, il a été ordonné que « les Substitutions pourraient être publiées » et enregistrées en tout temps, et néan» moins que, lorsqu'elles auraient été pu» bliées et enregistrées dans les six mois du » jour de leur date, elles auraient leur effet » dudit jour, tant contre les créanciers que » contre les tiers acquéreurs; et que, si elles » étaient seulement publiées et enregistrées » après les six mois, elles n'auraient effet que » du jour des publications et enregistre» mens ».

Cette déclaration confirmait implicitement la nécessité de la publication et de l'enregistrement prescrits par l'ordonnance; cependant il y avait, même à cette époque, bien des cours souveraines qui ne regardaient pas ces formalités comme essentielles : les unes, comme le conseil souverain d'Alsace, parce qu'elles n'avaient été créées que postérieurement à la promulgation de l'ordonnance de Moulins, qui n'y était conséquemment pas enregistrée, les autres, telles que les parlemens de Toulouse, de Bordeaux et d'Aix (1), parcequ'elle n'avaient pas cru devoir maintenir sévérement l'exécution de cette loi.

Ces considérations, et la nécessité de résoudre quelques autres doutes élevés sur le sens de l'ordonnance de Moulins, par les tribunaux qui l'observaient, engagèrent Louis XIV à s'expliquer de nouveau là-dessus et l'on vit paraître la déclaration du 18 janvier 1712. En voici le dispositif :

« Voulons et nous plait que toutes les Substitutions faites par actes entre-vifs ou par testamens, soient publiées en jugement, l'audience tenant, tant en la justice royale du domicile de celui qui les aura faites, qu'en celles de la situation des biens substitués; et que lesdites publications et Substitutions soient enregistrées en même temps aux greffes desdites justices royales, à la diligence des héritiers, soit institués, soit *ab intestat*, donataires ou légataires universels, ou même particuliers, lorsque leurs donations ou leurs legs seront chargés de Substitution; et en cas de minorité, à la diligence de leurs tuteurs ou curateurs, qui demeureront responsables du défaut desdites publications et enregistremens; à peine de nullité, tant des Substitutions qui ont été précédemment faites, que de celles qui seront faites à l'avenir.

» Voulons que lesdites publications et enregistremens soient faits dans les six mois, à compter du jour des actes, si les Substitutions sont faites par des dispositions entre-vifs, et du jour du décès des testateurs, si elles sont faites par des dispositions à cause de mort.

» Ordonnons que lesdites Substitutions et publications seront registrées dans un registre destiné à cet effet, qui sera paraphé à chaque page par le principal juge des siéges royaux où les Substitutions doivent être publiées.

» Voulons que les Substitutions qui sont faites ou qui se feront à l'avenir, qui n'auront pas été publiées ni enregistrées dans ledit temps de six mois, ne puissent être opposées aux créanciers ni aux tiers-acquéreurs; et que celles qui auront été publiées et enregistrées après les six mois, ne puissent leur être opposées que du jour desdites publications et

(1) D'Olive, liv. 4, chap. 4; Cambolas, liv. 5, chap. 46; Despeisses, tome 2, part. 1, *des Substitutions*, sect. 6, art. 4, n° 42; Boniface, tome 2, liv. 7, tit. 1, chap. 3; La Peyrère, lettre S.

enregistremens; ce que nous voulons avoir lieu à l'égard des mineurs, sans qu'ils puissent prétendre être relevés du défaut de publication et d'enregistrement, même en cas d'insolvabilité de leurs tuteurs.

» Ne pourra le défaut de publication et d'enregistrement être opposé en aucun cas aux substitués par les héritiers institués ou *ab intestat*, donataires ou légataires universels ou particuliers, ni par leurs successeurs, à l'égard desquels les Substitutions auront leur effet, comme si elles avaient été publiées et enregistrées.

» Et seront lesdites publications et enregistremens faits sans préjudice de l'insinuation desdites Substitutions ordonnée par notre édit du mois de décembre 1703, qui sera exécuté selon sa forme et teneur.

» N'entendons néanmoins que, sur le seul fondement du défaut de publication et d'enregistrement, l'on puisse donner atteinte aux Substitutions qui ont été ou qui seront faites jusqu'au jour de l'enregistrement des présentes, dans le ressort des parlemens et cours supérieures où l'ordonnance de Moulins ni les édits et déclarations qui ont ordonné la publication des Substitutions, n'ont pas été enregistrés jusqu'à présent, et où il n'y a aucune autre loi qui y établisse la nécessité de la publication des Substitutions. Voulons seulement que notre présente déclaration y soit exécutée pour les Substitutions qui y seront faites à l'avenir, du jour qu'elle y aura été enregistrée ».

Tel était l'état de notre jurisprudence sur la publication et l'enregistrement des Substitutions, lorsque parut l'ordonnance du mois d'août 1747. Les détails dans lesquels elle est entrée sur cet objet, lui ont donné tout le développement dont il était susceptible, et ont tranché presque toutes les difficultés qu'il pouvait encore faire naître. Voici ce qu'elle porte, tit. 2 :

« Art. 18. Toutes les Substitutions fidéicommissaires, faites, soit par actes entre-vifs, ou par des dispositions à cause de mort, seront publiées en jugement, l'audience tenant, et enregistrées au greffe du siége où la publication sera faite; le tout, à la diligence des donataires, héritiers institués, légataires universels ou particuliers, qui seront grevés de Substitution, même des héritiers légitimes, lorsque la charge de la restitution du fidéicommis tombera sur eux dans les cas de droit.

» 19. La publication et l'enregistrement des Substitutions seront faits au *bailliage, sénéchaussée, ou autre siége royal* (1) ressortissant nûment en nos cours de parlement ou conseils supérieurs, dans l'étendue ou le ressort duquel était le lieu du domicile de l'auteur de la Substitution, au jour de l'acte qui la contiendra, si elle est faite par un acte entre-vifs, ou au jour de son décès, si elle est contenue dans une disposition à cause de mort, et pareillement dans les siéges de la même qualité, dans l'étendue ou le ressort desquels seront situées les maisons et terres substituées, ou les fonds chargés de rentes foncières, et autres droits réels qui seront compris dans la Substitution.

» 20. La disposition de l'article précédent aura lieu, encore que l'auteur de la Substitution eût son domicile, ou que les biens fussent situés en tout ou en partie dans une justice seigneuriale ressortissant immédiatement en nos cours de parlement ou conseils supérieurs, auquel cas la publication et l'enregistrement se feront dans le siége royal de la qualité marquée dans l'article précédent, qui a la connaissance des cas royaux.

» 21. Il ne pourra être procédé à l'avenir à la publication et enregistrement des Substitutions, que dans les siéges de la qualité marquée par les deux articles précédens, encore que la Substitution fût antérieure à la publication de la présente ordonnance, à peine de nullité.

» 22. Lorsque la Substitution comprendra des rentes constituées sur nous ou sur notre bonne ville de Paris, ou autres villes, sur le clergé ou sur les pays d'état, sur des offices, elle sera publiée et enregistrée dans les siéges

(1) Thibault dit, dans son *Traité des Criées*, page 82, que cet article décide en faveur des bailliages du duché de Bourgogne, la question de savoir si c'est à ces siéges qu'appartient exclusivement le droit de faire publier les Substitutions, ou s'ils ne l'ont que par concurrence avec les *chancelleries*. Mais Thibault se trompe : les termes de l'ordonnance, *ou autre siége royal*, écartent toute idée de droit exclusif pour les bailliages.

Du reste, la question a été jugée de différentes manières. Raviot sur Perrier, §. 248, n° 69, rapporte un arrêt du conseil du 2 décembre 1609, et deux du parlement de Dijon, des 30 juin 1639 et 19 juin 1679, qui prononcent en faveur des chancelleries. Thibault, page 178, en remarque un semblable du 17 mars 1644; mais il ajoute qu'il y en a un contraire du 16 avril 1691. Il observe cependant que les premiers « paraissent fondés sur l'édit de Mâcon, qui » attribue expressément aux chancelleries la connaissance des publications de testamens, dont il » semble que les Substitutions sont accessoires ».

de la qualité ci-dessus marquée, tant du lieu où lesdites rentes se paient, ou dans lequel se fait l'exercice desdits offices, que du lieu et domicile de l'auteur de la Substitution.

» 23. Dans le cas où l'emploi ci-dessus ordonné aura été fait en acquisition de maisons ou terres, rentes foncières ou autres droits réels, ou en constitution des rentes mentionnées dans l'article précédent, voulons que tant la Substitution que l'acte d'emploi soient publiés et enregistrés aux siéges de la qualité marquée par les art. 9 et 20, dans lesquels lesdites maisons ou terres, ou les héritages chargés desdites rentes foncières ou droits réels, sont situés, ou dans lesquels lesdites rentes sont payées; et en cas que la Substitution y eût été déjà publiée et enregistrée, il suffira d'y publier et enregistrer l'acte d'emploi.

» 24. Dans chacun des siéges ci-dessus marqués, il sera tenu un registre particulier, qui sera coté et paraphé à chaque feuillet, clos et arrêté à la fin par le premier officier du siége, ou, en son absence, par celui qui le suit dans l'ordre du tableau; dans lequel registre seront transcrits en entier les contrats, donations, testamens ou codicilles qui contiendront des Substitutions; à l'effet de quoi la grosse ou expédition desdits actes sera représentée, sans qu'il soit besoin d'en rapporter la minute.

» 25. Le greffier ou commis du greffe sera tenu de donner communication du registre, sans déplacer, à tous ceux qui le demanderont, et pareillement d'en délivrer un extrait signé de lui, ou une expédition toutes les fois qu'il en sera requis, le tout sans qu'il ait besoin d'obtenir une ordonnance du juge à cet effet.

» 26. Voulons que, suivant ce qui a été réglé par les art. 2, 3 et 5 de notre ordonnance du 17 février 1731, il ne puisse être reçu par l'officier qui cotera et paraphera ledit registre, que dix sous pour ceux qui seront de cinquante feuillets, vingt sous pour ceux qui auront cent feuillets, et trois livres pour ceux qui en contiendront un plus grand nombre; et ne pourra être pris par le greffier, que dix sous pour son droit de recherche, et pareille somme pour chaque extrait qui sera par lui délivré; et s'il est requis de délivrer des expéditions entières des actes enregistrés, il lui sera payé par rôle de grosse, le même droit qui se paie pour les expéditions en papier au greffe du siége.

» 27. La publication et enregistrement des Substitutions seront faits dans six mois, à compter du jour de l'acte qui les contiendra, lorsqu'elles seront portées par un contrat de mariage ou autre acte entre-vifs; et du jour du décès de celui qui les aura faites, lorsqu'elles seront contenues dans une disposition à cause de mort.

» 28. Lorsque la Substitution aura été dûment publiée et enregistrée dans ledit délai de six mois, elle aura effet, même contre les créanciers et les tiers-acquéreurs, à compter du jour de sa date, si elle est portée par un acte entre-vifs; ou du jour du décès de celui qui l'aura faite, si elle est contenue dans une disposition à cause de mort.

» 29. Pourra néanmoins être procédé à la publication et à l'enregistrement des Substitutions, après l'expiration du délai de six mois; mais en ce cas, la Substitution n'aura effet contre les créanciers et les tiers-acquéreurs, que du jour qu'il aura été satisfait auxdites formalités, sans qu'elle puisse être opposée à ceux qui auront contracté avant ledit jour.

» 30. Dans le cas marqué par l'art. 23, le délai de six mois ci-dessus prescrit, ne courra que du jour de l'acte qui contiendra l'emploi des deniers provenans de la Substitution; et lorsque la publication et enregistrement requis par ledit article, auront été faits dans ledit délai, la Substitution aura effet sur les biens mentionnés audit article, à compter du jour dudit acte, même contre les créanciers et tiers-acquéreurs; sinon, elle n'aura effet contre eux, à l'égard desdits biens, que du jour de la publication et enregistrement.

» 31. Toutes les aliénations faites par le grevé ou par des substitués au préjudice de la Substitution, à compter du jour qu'elle doit avoir son effet contre les créanciers et les tiers-acquéreurs, suivant les articles précédens, ne pourront nuire aux substitués; et en cas qu'ils revendiquent les biens aliénés, les acquéreurs seront tenus de les délaisser, sauf leur recours sur les biens libres du vendeur; ce qui sera observé, encore que le substitué se trouve en même temps héritier pur et simple du vendeur; sans néanmoins qu'en ce cas il puisse déposséder l'acquéreur, qu'après l'avoir remboursé entièrement du prix de l'aliénation, frais et loyaux-coûts.

» 32. Les créanciers et *tiers-acquéreurs* (1)

(1) L'ordonnance entend ici par *tiers-acquéreurs*, ceux qui tiennent leurs titres du grevé; et la raison pour laquelle on les maintient dans le cas où le fidéicommis n'est pas enregistré, est que le grevé avec qui ils ont traité, est vraiment propriétaire.

« Mais (dit Furgole, *Traité des Testamens*,

pourront opposer le défaut de publication et d'enregistrement de la Substitution, même aux pupilles, mineurs ou interdits, à l'église, hôpitaux, communautés ou autres qui jouissent du privilége des mineurs, sauf le recours desdits pupilles, mineurs et autres ci-dessus mentionnés, contre leurs tuteurs, curateurs, syndics ou autres administrateurs; et sans qu'ils puissent être restitués contre ledit défaut, quand même lesdits tuteurs, curateurs, syndics ou autres administrateurs se trouveraient insolvables.

» 33. Le défaut de publication et d'enregistrement ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers-acquéreurs pourront avoir eue de la Substitution par d'autres voies que celle de la publication et de l'enregistrement; voulons que le présent article soit observé à peine de nullité.

» 34. Les donataires, héritiers institués, légataires universels ou particuliers, même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la Substitution, ni pareillement leurs donataires, héritiers institués ou légitimes, et légataires universels ou particuliers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux substitués le défaut de publication et d'enregistrement de la Substitution ».

Après avoir ainsi réglé pour l'avenir tout ce qui concernait la publication et l'enregistrement des Substitutions, il était naturel que le législateur jetât un coup-d'œil sur le passé. C'est effectivement ce qu'il a fait par l'art. 46, conçu en ces termes :

« N'entendons, par les dispositions du présent titre, concernant la publication et enregistrement des Substitutions, rien innover, par rapport à celles qui seraient antérieures à l'enregistrement de l'ordonnance de Moulins, en cas que les degrés prescrits par les ordonnances, ne soient pas encore remplis, ni pareillement à l'égard des Substitutions faites dans les pays où l'ordonnance de Moulins n'a pas été publiée avant l'enregistrement des lois qui y ont établi la formalité de la publication et enregistrement.

» Voulons que l'édit du mois de juillet 1707, ensemble notre déclaration du 14 septembre 1721, enregistrés en notre parlement de Franche-Comté, et notre déclaration du 22 avril 1739, enregistrée en notre parlement de Dauphiné, soient exécutés par rapport aux Substitutions faites dans lesdites provinces avant les temps y mentionnés; le tout, à la charge de se conformer, pour les publications et enregistremens qui se feront à l'avenir, aux règles ci-dessus prescrites sur les juridictions et sur les formes dans lesquelles il doit y être procédé ».

Ceci nous conduit naturellement aux lois particulières des provinces dont il est parlé dans cet article, et de la Belgique.

ART. II. *Lois particulières du Dauphiné.*

Avant la déclaration du 17 novembre 1690, le parlement de Grenoble n'observait pas plus exactement que ceux de Toulouse, de Bordeaux et d'Aix, les dispositions de l'art. 57 de l'ordonnance de Moulins. La déclaration du 17 novembre 1690 changea là-dessus sa jurisprudence; mais comme il ne l'avait enregistrée qu'avec cette réserve, *sans préjudice du droit acquis jusqu'à présent*, il se croyait en droit de juger, et un acte de notoriété, rapporté dans le *Dictionnaire des Arrêts* de Brillon, aux mots *Substitution-publication*, prouve qu'il jugeait effectivement, que le défaut de publication ne pouvait être opposé, même par les créanciers et tiers-acquéreurs, aux Substitutions faites avant le 27 février 1691, date de son arrêt d'enregistrement. La déclaration de 1712 aurait dû, ce semble, le déterminer à juger autrement, puisqu'elle se donnait assez clairement un effet rétroactif indéfini pour toutes les cours souveraines où l'ordonnance de Moulins avait été publiée. Cependant il persista dans sa première jurisprudence; mais ses arrêts ayant donné lieu sur ce point à plusieurs demandes en cassation au conseil, le roi crut devoir s'expliquer plus clairement, et donna, le 22 avril 1739, une déclaration ainsi conçue :

« Art. 1. Les dispositions des déclarations des 17 novembre 1690 et 18 janvier 1712 seront exécutées selon leur forme et teneur; et en conséquence, voulons que toutes les Substitutions faites dans notre province de Dauphiné, depuis le jour de la publication et enregistrement de ladite déclaration du 17 novembre 1690, en notredite cour de parlement, comme aussi toutes celles qui seront

---

5 chap. 7, sect. 4, n° 42) si la vente ou autre » aliénation onéreuse a été faite par l'héritier du » grevé, qui n'est pas lui-même substitué, comme il » n'a aucune propriété ni aucun droit de faire l'a» liénation, l'acquéreur ne peut pas se prévaloir du » défaut d'insinuation; et malgré ce défaut, la vente » sera annulée, et le fidéicommis maintenu ».

C'est en effet ce qu'ont jugé deux arrêts : l'un du parlement de Paris, rapporté par Leprêtre, dans ses *Arrêtés de la cinquième chambre des enquêtes*, sous la date du 17 septembre 1589; l'autre rendu au parlement de Toulouse, le 4 août 1739, et rapporté par Furgole à l'endroit cité.

faites à l'avenir, ne puissent avoir aucun effet contre les créanciers et les tiers-acquéreurs, si elles n'ont été publiées et enregistrées en la forme et dans les délais portés par lesdites déclarations.

» 2. Et à l'égard des Substitutions qui auront été faites dans ladite province avant le jour de la publication et enregistrement de ladite déclaration du 17 novembre 1690, en notre cour de parlement, et dont les degrés prescrits par les ordonnances, ne seront pas encore remplis, voulons que, dans six mois pour tout délai, à compter du jour de la publication et enregistrement de notre présente déclaration, lesdites Substitutions soient publiées et enregistrées, si fait n'a été, et ce, en la manière prescrite par les ordonnances et déclarations données en conséquence.

» 3. Les Substitutions mentionnées en l'article précédent, qui auront été publiées et enregistrées dans ledit délai de six mois, seront exécutées à compter du jour des donations ou contrats qui les contiennent, si elles sont contractuelles, ou du jour de la mort du testateur, si elles sont faites par disposition de dernière volonté : voulons que lesdites Substitutions aient leur plein et entier effet, même contre les créanciers et tiers-acquéreurs qui auraient contracté ou fait les acquisitions avant ladite publication et enregistrement.

» 4. Faute d'avoir fait procéder, dans ledit délai de six mois, à la publication et enregistrement desdites Substitutions, elles ne pourront être opposées auxdits créanciers et tiers-acquéreurs, sous quelque prétexte que ce puisse être.

» 5. N'entendons au surplus empêcher, par notre présente déclaration, qu'il ne soit procédé à la publication et enregistrement desdites Substitutions, même après l'expiration dudit délai; sans néanmoins qu'audit cas, elles puissent avoir leur effet contre d'autres créanciers et tiers-acquéreurs que ceux qui auraient contracté ou fait des acquisitions postérieurement à ladite publication et enregistrement.

» 6. Les dispositions portées par les art. 2, 3 et 4, ne pourront être tirées à conséquence contre les droits qui se trouveront être acquis, soit à des substitués, soit à des créanciers ou à des tiers-acquéreurs, en vertu d'arrêts définitifs ou de sentences passées en force de chose jugée, avant la publication et l'enregistrement de la présente déclaration ».

ART. III. *Lois particulières de la Franche-Comté.*

La Franche-Comté était sous la domination espagnole, lorsque l'ordonnance de Moulins parut. Elle reçut néanmoins, dans l'intervalle de cette époque à celle de sa réunion à la couronne, différentes lois qui devaient mettre, sur ce point, sa jurisprudence de niveau avec celle de la France; mais ces lois furent mal observées ou diversement pratiquées; et c'est ce qui engagea Louis XIV, sur les remontrances du parlement de Besançon, à en renouveler et éclaircir les dispositions par les art. 6 et 7 de son édit du mois de juillet 1707.

L'art. 6 porte : « Ordonnons que toutes » Substitutions, tant celles qui sont déjà faites, » que celles qui se feront à l'avenir, seront » publiées en jugement à jour de plaidoirie, » et enregistrées au greffe de la justice royale » du domicile du donateur ou testateur, et » pareillement au greffe de la justice royale » dans l'étendue de laquelle les biens donnés » ou légués sont situés, et ce dans les six mois; » savoir, à l'égard de celles qui seront faites à » l'avenir à compter du jour des contrats, si » elles sont contractuelles, ou de la mort du » testateur, si elles sont faites par testament : » et à l'égard de celles qui sont déjà faites, à » compter du jour de la publication des pré» sentes ».

L'art. 7 ajoute : « Les Substitutions qui » auront été publiées et enregistrées dans les » six mois, en la forme portée par l'article » précédent, auront leur effet du jour du » décès du testateur, conformément audit » article, tant contre les créanciers que contre » les tiers-acquéreurs des biens qui y sont » compris; et celles qui n'auront été publiées » et enregistrées qu'après les six mois, n'au» ront effet à l'avenir contre lesdits créan» ciers et tiers-acquéreurs, que du jour des» dites publications et enregistremens ».

L'attribution que faisait le premier de ces articles aux justices royales, du droit exclusif de faire publier et enregistrer les Substitutions, donna lieu à des remontrances de la part de plusieurs seigneurs; et il intervint, en conséquence, une déclaration du 2 mars 1708, par laquelle il fut ordonné que les juridictions seigneuriales de Lure, de Luxeuil, de Saint-Ouyan, de Joux ou de Saint-Claude, de Vauvilliers et de Favernay, jouiraient, comme par le passé, du droit de faire publier les Substitutions, et d'insinuer les donations de la même manière que les officiers des justices royales.

Ces différentes lois furent, pour la Franche-Comté, une source de contestations nouvelles. Quelques-uns prétendirent qu'elles n'avaient assujéti les Substitutions antérieures aux formalités d'une nouvelle publication, qu'en cas qu'elles n'eussent point déjà été publiées sui-

vant les anciens usages de la province. Les autres soutenaient, au contraire, que l'esprit du législateur ayant été de remédier à l'incertitude et à l'irrégularité de ces usages, il était évident que toutes les Substitutions antérieures à l'édit, avaient dû indistinctement être publiées et enregistrées de nouveau; et c'est en effet ce que jugea un arrêt du parlement de Besançon, du 23 mai 1718, qui fut confirmé au conseil privé, le 13 août 1720 (1).

Pour faire cesser là-dessus toute difficulté, le roi donna, le 14 septembre 1721, une déclaration par laquelle, après avoir prescrit l'exécution pleine et entière de l'édit de 1707, » il ajouta : « Déclarons toutes les Subs» titutions faites avant notredit édit dans » l'étendue du comté de Bourgogne, quel» que anciennes qu'elles puissent être, et » soit qu'elles aient été faites par contrats » entre-vifs ou par testamens, ou autres » dispositions de dernière volonté, avoir été » sujettes à la nouvelle publication et au » nouvel enregistrement ordonnés par no» tredit édit, encore qu'elles eussent été » publiées avant notredit édit, et en quelque » manière et forme qu'elles eussent pu l'être, » suivant les différens usages dudit comté ».

La même déclaration ordonna « que les» dites anciennes Substitutions qui n'auraient » point été publiées et enregistrées dans les » six mois, du jour de la publication de » l'édit de 1707, n'auraient d'effet contre les » créanciers et tiers-acquéreurs, que du jour » que la publication et enregistrement en » auraient été faits ».

Ni cette déclaration, ni l'édit de 1707, ni celui de 1739, rendus pour le Dauphiné, ne sont devenus inutiles par l'ordonnance de 1747: l'art. 46 de cette dernière loi les maintient au contraire dans toute leur force, pour les Substitutions qui y sont antérieures; mais il excepte un objet de sa disposition : il veut que, lorsqu'il s'agira de faire publier et enregistrer à l'avenir une de ces Substitutions, on se conforme aux règles prescrites par la nouvelle ordonnance, tant pour les juridictions que pour les formes dans lesquelles il faut publier et enregistrer.

ART. IV. *Lois particulières de la Belgique.*

I. Les provinces belgiques étaient, comme la Franche-Comté, soumises à la maison d'Autriche, lorsque l'ordonnance de Moulins mit en vigueur les formalités de publication et d'enregistrement. Les princes qui les gouvernaient, ne tardèrent point à avoir connaissance de cette loi; et ils la trouvèrent si sage, que, dès le 6 décembre 1586, ils en firent une semblable qu'ils adressèrent à tous les tribunaux de leurs états.

« Comme plusieurs personnes (portait cette » loi) se trouvent journellement intéressées » par l'achat de quelques biens sujets à fidéi» commis ou Substitution, ou création d'hy» pothèques sur les mêmes biens, lesquelles » charges ne viennent point à temps à leur » connaissance, nous, voulant y pourvoir, » ordonnons qu'aucunes clauses de Substitu» tion ou fidéicommis, défense d'aliéner, et » autres pareilles charges et conditions or» données par testamens, donations ou con» trats, ne sortiront effet de réalisation, ni » empêcheront l'aliénation, si elles ne sont » passées et enregistrées devant la *loi* (juri» diction) où elles sont situées, laquelle en» registrature devra être poursuivie par l'hé» ritier ou autres qui sont chargés desdites » clauses, en dedans les trois mois après que » lesdits biens auront été appréhendés par » eux, à peine de perdre la jouissance d'iceux, » au profit des substitués, ou de ceux en » faveur desquels l'aliénation pourrait avoir » été interdite, et au surplus, de telle amende» arbitraire que le juge ordonnera, suivant » l'exigence et cas du délit, et la qualité du » transgresseur ou négligent ».

II. Il paraît que cette loi fut mal observée; car vingt-quatre ans après, les archiducs Albert et Isabelle furent obligés de la renouveler :

« Nous ordonnons bien sérieusement (di» rent-ils par l'art. 15 de leur édit perpétuel » du 11 juillet 1611) que le placard de feu » notre seigneur et père (Philippe II, roi » d'Espagne), du 6 décembre 1586, soit » ponctuellement observé; et rafraîchissant » les points principaux d'icelui, ordonnons » que nulles clauses de fidéicommis, Substitu» tion, prohibition d'aliéner, ou semblables » charges ordonnées par testamens, dona» tions ou contrats, sortiront effet de réalisa» tion ou affectation de droit, ne soit que la» dite clause des testamens, donations ou con» trats, contenant telle charge, soit notifiée et » enregistrée par-devant les juges ou *lois* où » tels biens sont situés, ou, si ce sont fiefs, » en la cour d'où ils sont tenus et mouvans; » lequel devoir nous ordonnons être fait par » celui qui premier doit profiter de telles » dispositions que dessus, auparavant qu'il

(1) Dunod, *des Prescriptions*, part. 2, chap. 3.

» fasse appréhension du bien ainsi chargé, » à peine de perdre la jouissance d'icelui, » au profit des substitués ou autres, en faveur » desquels l'aliénation serait interdite ».

A peine cet édit était-il porté, que des remontrances du conseil souverain de Mons donnèrent lieu à une interprétation sur le temps dans lequel devait se faire la publication et l'enregistrement. Quelques-uns pensaient que ces formalités ne pouvaient être remplies que du vivant du testateur; mais, par une déclaration du 10 septembre 1611, rapportée dans le Commentaire d'Anselmo, il fut dit qu'elles *se pourraient bien faire après le trépas* (1).

III. L'art. 15 de l'édit perpétuel ne fut pas mieux observé que ne l'avait été le placard du 6 décembre 1586.

C'est ce que prouve une lettre adressée au conseil souverain de Brabant, le 26 juin 1669, par le gouverneur général des Pays-Bas, et ce qui s'en est ensuivi.

« Messieurs (porte cette lettre), comme » les députés des deux villes et pays d'Alost » ont supplié par la requête ci-incluse, que » fût renouvelé ce qu'est porté ès placards y » mentionnés, émanés en l'an 1586 et 1611, » touchant les affectations, réalisations et » enregistratures des contrats obligatoires et » testamens concernant les biens immeubles » et rentes, et nommément les biens fidéi- » commissés, nous avons bien voulu vous » envoyer la même requête, afin de nous » resservir sur ce au plutôt de votre avis ».

Cette lettre communiquée au procureur général, ce magistrat y donna les conclusions suivantes : « L'enregistrature des fidéicommis » et Substitutions, ordonnée par les placards » ci-dessus mentionnés, ne s'observe point en » ce pays, selon qu'il est notoire; et partant, » avant de conseiller son excellence sur la » requête jointe, pour autant que peut tou- » cher ce pays, il me semble nécessaire de » rapporter la présente et pièces jointes, en » plein conseil ».

En conséquence, M. de Wynantz fut chargé du rapport; et le 4 juillet 1672, le conseil de Brabant répondit en ces termes à la consultation du gouverneur général :

« Pour resservir de notre avis sur la re- » quête ci-jointe des députés des deux villes » et pays d'Alost, tendante à ce que *fût* » renouvelé ce qui est porté ès placard du » 6 décembre 1586 et 15e article de l'édit » perpétuel de l'an 1611, touchant les affec- » tations, réalisations, enregistrature des » contrats, obligations et testamens concer- » nant les biens immeubles et rentes, et » nommément les biens fidéicommissés; nous » dirons, en tout respect, que, combien que » l'enregistrature des fidéicommis et Substi- » tutions ordonnée par lesdits placard et édit, » n'est pas en observance ès pays ressortissans » sous la juridiction de ce conseil et de plu- » sieurs autres, néanmoins le bien et le repos » du public exigent, non-seulement que ces- » dits placard et édit soient renouvelés au » regard de la susdite enregistrature des » fidéicommis et Substitutions, ensemble au » regard des aliénations et hypothécations » contractuelles passées par-devant quelques » juges et cours compétentes, mais aussi que » ladite obligation d'enregistrature des fidéi- » commis et Substitutions, avec la peine y » apposée, soit étendue aux substitués en » deuxième degré, lorsque, par le défaut des » premiers institués, ils parviendraient à la » jouissance des biens fidéicommissés; et qu'à » défaut d'enregistrature, lesdits fidéicommis » n'auront effet réel pour les appelés en pré- » judice des personnes tierces traitant avec » les institués et substitués ou appelés aux » mêmes fidéicommis devant ladite registra- » ture; entendant que tout le premier doit » aussi avoir lieu et être exécuté en dedans » trois mois après la publication de cette, au » regard des fidéicommis déjà ouverts; comme » aussi, que pour obliger les officiers, magis- » trats et cours à l'enregistrature des aliéna- » tions et hypothécations passées par-devant » eux sans fraude, dissimulation ou perte de » temps, on y pourrait apposer la peine » reprise en la requête desdits députés ».

Conformément à cet avis, il intervint, le 16 septembre 1673, un nouveau placard qui fut publié, non-seulement dans le Brabant, mais aussi dans toutes les autres parties de la Belgique que l'Autriche avait encore, à cette époque, sous sa domination. Voici dans quels termes il est conçu :

« Charles.....; comme il serait parvenu à notre connaissance que, par la non observance du contenu du placard de l'an 1586, et du quinzième article de l'édit perpétuel du 11 juillet 1611, se seraient glissés et commis plusieurs abus et inconvéniens en nos pays de par-deçà, dont plaintes nous auraient été faites; pour ce est-il que, désirant y pour- voir.....,

(1) Il ne faut pas conclure de là que l'art. 15 de l'édit de 1611 ait été exécuté immédiatement et à la lettre en Hainaut. *V.* l'article *Renvoi de biens*, §. 2, n° 5.

» Nous avons, en rafraîchissant lesdits placards, déclaré et ordonné, déclarons et ordonnons par cette, qu'aucunes clauses et conditions de fidéicommis, Substitutions, prohibitions d'aliéner, et semblables charges prescrites et ordonnées par testamens, donations ou contrats....., n'auront effet de réalisation au préjudice des personnes tierces, traitant avec les institués ou substitués, si lesdites clauses.... ne sont notifiées et enregistrées aux livres et registres des juges, *lois* et tenanciers où tels biens sont situés et ressortissans, et si ce sont fiefs, à la cour féodale dont ils sont tenus et mouvans; interdisant en outre à tous baillis, mayeurs, hommes de fief, échevins, tenanciers et autres officiers, et à chacun d'eux, ayant reçu le passement desdites œuvres de loi, de ne laisser suivre à l'une ou l'autre des parties, les minutes originales, ains de les faire être aux greffes en dedans la huitaine, après que la reconnaissance en aura été faite.

» Ordonnons ensuite aux greffiers de procéder incontinent, et au plus tard, en dedans quinze jours en après, à l'enregistrature desdits instrumens et recognaissances, à peine de fourfaire, à chacune contravention, pour la première fois, l'amende de 200 florins, dont un tiers sera appliqué au profit du dénonciateur, l'autre de l'officier exploiteur, et le troisième à notre profit; et pour la seconde fois, du déportement de leurs offices et fonctions, par dessus les dommages et intérêts des parties.

» Voulons que ladite obligation de faire enregistrer lesdits fidéicommis, Substitutions et clauses de non aliéner, soit aussi étendue, avec la peine y apposée, aux substitués en deuxième degré, lorsqu'au défaut du premier institué, ils parviendront à la jouissance des biens fidéicommissés; et que le tout ait lieu et soit ainsi exécuté en dedans trois mois après la publication de cette, au regard des fidéicommis déjà ouverts ».

Il paraît que cette loi éprouva, de la part des habitans du Brabant et du Limbourg, la même résistance qu'avait essuyée l'art. 15 de l'édit de 1611. C'est du moins ce qui résulte d'un placard du 13 septembre 1681, dont voici les termes :

« De par le roi.

» A nos chers et bien amés les mayeur de Louvain, Amman de Bruxelles, Escoutête d'Anvers, Drossard de Limbourg, Faulquemont, Daelem et Rosleduc, et à tous autres nos justiciers, officiers et sujets et ceux de vos vassaux en nos pays de Brabant et d'outre-Meuse que ce regardera, ou leurs lieutenans, salut.

» Comme..... nous avons trouvé convenir de faire republier le placard (du 16 septembre 1673) dont la teneur s'ensuit..... ; et que notre volonté et intention est que ce même placard soit ponctuellement observé en tous ses points et clauses, aux respectives peines et amendes y portées et statuées; et que tous juges aient à s'y conformer en leurs jugemens, *sans pouvoir admettre les parties à preuve sur son usage ou observance, à peine de nullité de leurs sentences :*

» Nous vous donnons en mandement de, en cette conformité, le republier et faire republier incontinent partout ès lieux de vos respectives juridictions où l'on est accoutumé de faire cris et publications, et de procéder contre les transgresseurs et désobéissans par exécution des peines et amendes susdites, sans port, faveur ou dissimulation; de ce faire, et ce qu'en dépend, vous donnons plein pouvoir, autorité et mandement spécial; mandons et commandons à tous et un chacun qu'en ce faisant, ils vous obéissent et entendent diligemment; car ainsi nous plait-il... ».

Le 7 juin 1694, autre placard ainsi conçu :

« Charles..... comme il n'y a rien de si nécessaire, pour prévenir les abus qui se rencontrent de ce que les charges dont les biens sont vinculés par testamens, contrats, saisissemens, ou autrement, demeurent recélées, que de faire observer ce qui est statué par le placard du 6 décembre 1586, par le quinzième article de l'édit perpétuel du 12 juillet 1611, et par notre ordonnance du 16 septembre 1673, nous avons trouvé convenir de déclarer, pour la meilleure exécution et ampliation des mêmes placards et édits, qu'aucunes institutions, Substitutions, fidéicommis, prohibitions d'aliénation, légats, donations ou autres aliénations ou oppignorations faites par testament, codicilles, contrats de mariages, partages ou par autres actes, soit entre-vifs ou à cause de mort, par où quelques biens immeubles, maisons, terres ou rentes sont laissés à des personnes tierces, soit majeures ou mineures, absens ou autres, ni aussi quelques arrêts ou défenses faites tant *viâ executivâ* qu'autrement, n'auront effet de réalisation ou d'affectation, au préjudice d'un tiers qui s'y fera réaliser, ou y acquerra quelque droit, ne fût après qu'ils seront notifiés *et enregistrés par des personnes de pratique qui soient pour le moins notaire par nous à commettre après due examination*, sur tels *comptoirs* (bureaux) que les

chefs-villes désigneront respectivement à cet égard, pour tous les lieux qui paient les aides sous leurs respectifs quartiers ; auquel effet, nous les autorisons à cet acte particulier, y comprenant à cette fin toutes sortes de biens allodiaux, féodaux, censaux et autres, soit qu'ils soient de leur ressort ou point, sans que pour cela on devra payer aucun frais ou charges dits *pontpenningen*, reliefs ni autres, ains seulement les droits de ladite registrature, laquelle ne servira à autre fin que pour une pure annotation à l'effet prétouché, à savoir, six sols pour chaque registrature, quelque grande qu'elle pourrait être, et trois sols pour chaque année de recherche, lorsque quelqu'un veut être informé si quelque bien est chargé ou point, et lorsque ladite recherche ne va pas au-delà de dix ans ; et quand elle ira au dessus desdites dix années, sera seulement payé par chaque année, un sol, y compris le certificat à en donner ; ce qui se devra aussi observer, sous pareille autorisation comme dessus, par-devant la haute justice de Limbourg à l'égard de tous les pays d'outre-Meuse.

» Cependant lesdits testamens, codicilles, donations, partages ou autres actes ou contrats ne devront être entièrement enregistrés, mais seulement la clause par laquelle l'on prétend que les biens ou rentes sont affectés, avec expression toutefois du jour, date, lieu, échevins, secrétaires, notaires ou autres, par-devant lesquels lesdits actes ou contrats auront été faits et passés.

» Voulant qu'en cas d'aucune Substitution, fidéicommis ou prohibition d'aliéner, le devoir de registrature sera procuré et effectué par les institués, substitués et autres qui en sont chargés par lesdits placard et édit perpétuel, aux peines y prescrites ; et en outre qu'ils devront répondre, ainsi que les mambours et exécuteurs testamentaires respectivement, de tous les dommages et intérêts que les majeurs, mineurs, absens ou ceux qui ne sont pas encore nés, pourraient venir à souffrir à faute de ladite registrature, sans que les mêmes majeurs, mineurs, absens, ou ceux qui ne sont pas encore nés, auront ci-après aucun regrès ultérieur.

» Bien entendu néanmoins que nulles oppignorations ou aliénations n'auront effet en dedans trois mois après la mort des testateurs, au regard des biens immeubles au préjudice de ce qui aura été disposé par leurs testamens ou autres actes opérant seulement après leur mort.

» Déclarant qu'à cette notre ordonnance seront aussi sujettes toutes institutions, Substitutions, fidéicommis, prohibitions d'aliénation, légats, donations ou autres aliénations ou oppignorations faites par testament, codicilles, contrats de mariage, partages ou autres actes entre-vifs, ou à cause de mort, et qui sont ouverts avant la publication de cette ordonnance, ainsi que les arrêts faits ci-devant ; et que de suite ils devront pareillement être enregistrés en la manière ci-dessus exposée, ou soit qu'ils fussent déjà enregistrés, sauf que, pour procurer et effectuer cette registrature, nous accordons le terme de six mois.

» Nous enchargeons de plus tous notaires et personnes publiques par-devant lesquels lesdits actes seront faits, d'informer ceux qui les feront passer, du contenu de cette notre ordonnance, et d'en faire expressément mention dans le même acte, à peine de privation de leur office ; défendant à tous juges de juger au contraire de cette, sous quelque prétexte que ce pourrait être, à peine de nullité.

» Si donnons en mandement à nos très-chers et féaux les chancelier et gens de notre conseil de Brabant, mayeur de Louvain, Amman de Bruxelles, Escoutète d'Anvers, gouverneur et Drossard de Limbourg, Faulquemont, Daelen, Rosleduc, et à tous autres nos justiciers, officiers et sujets que ce regardera et chacun d'eux en particulier, qu'incontinent et sans délai ils fassent divulguer, proclamer et publier cette notre présente ordonnance.... ».

Ce placard n'était, comme l'on voit, porté, ainsi que le précédent, que pour le Brabant et le Limbourg.

Le 18 juillet 1694, le magistrat d'Anvers prit à ce sujet une délibération portant : « Résolu de publier le placard du conseil » émané sur les fidéicommis, etc., le 7 juin » 1694, sauf qu'au préalable, il sera pré» senté en cour et demandé qu'à la place de » la clause, *par des personnes instruites, » au moins notaires, à commettre à cet effet » par nous, après examen*, il sera dit et ac» cordé par acte ultérieur d'addition, pour » ce qui regarde cette ville et ses sept quar» tiers : *les quatres secrétaires de la ville » seront et resteront seuls tenus, comme suf» fisamment qualifiés et autorisés pour l'an» notation et enregistrature des actes y men» tionnés*, notamment de ceux qui y eurent » ci-devant effet d'affectation réelle d'après » les coutumes et usages généraux, sans l'an» notation et enregistrature énoncées par » ledit placard ».

Il paraît que le conseil de Brabant n'accueillit pas cette proposition ; du moins on trouve dans les archives de la ville d'Anvers, une autre délibération du 25 septembre de la même année, qui porte : « Fait rapport » relativement à la publication du réglement » des annotations des fidéicommis et aliéna» tions, résolu de présenter *requête itérative* » au conseil de Brabant, afin qu'icelles an» notations se fassent à la secrétairie de cette » ville ; et en cas de refus, de faire doléance » à son altesse » (le gouverneur général des Pays-Bas).

Quel fut le résultat de ces nouvelles démarches? Nous l'apprenons par un placard du 26 avril 1695 :

« Comme ceux du magistrat de notre ville d'Anvers (y est-il dit) nous ont remontré que, dans la même ville et sept quartiers, villes et villages qui y paient les impôts, aides et subsides, nos bons sujets sont souvent trompés, à cause que les Substitutions, prohibitions d'aliénations ou transports faits par testamens, codicilles, contrats de mariage et partages, ne parviennent pas à la connaissance, nous avons ordonné et statué...:

» Art. 1. Que toutes institutions, Substitutions, fidéicommis, prohibitions d'aliéner ou transports faits par testamens, codicilles, contrats de mariage et partages, par lesquels quelques biens immeubles, maisons, terres ou rentes situés en ladite ville d'Anvers et sept quartiers, villes et villages comme dessus, sont laissés à de tierces personnes, soit majeures, mineures, absentes ou autres, n'auront aucun effet de réalisation ou affectation au préjudice d'un tiers qui y est hypothéqué, ou qui y acquiert quelque droit réel, sinon lorsqu'ils auront été enregistrés à la secrétairie de la chef-ville d'Anvers.

» 2. Demeurant aux villes respectives, seigneuries et juridictions y ressortissant, ainsi qu'aux cours féodales et foncières, leur droit d'adhéritance et déshéritance, aliénations, oppignorations....., ainsi que tous actes légaux, comme il a été exercé par icelles jusqu'ici, sauf qu'à chaque lieu il en sera formé un registre d'annotation particulier, dont les secrétaires et greffiers respectifs devront faire conster, en dedans le terme de trois mois prochains après la publication de la présente, de ce que ledit registre d'annotation aura été formé; et qu'à l'avenir il sera entretenu pertinemment; à peine que tous dommages et intérêts que de tierces personnes viendront à souffrir à défaut desdites annotations, seront garantis en propre et privé nom par les secrétaires et greffiers respectifs qui l'auront commis.

» 3. Et relativement aux biens fiefs et censaux, sujets à des cours féodales et censales, dont il y a souvent trois à quatre cours dans un village, par où les bonnes gens sont fortement préjudiciées et trompées; que les adhéritances et réalisations sus-mentionnées, qui seront effectuées par-devant lesdites cours, n'auront aucun effet de réalisation, au préjudice comme dessus, si elles ne sont aussi annotées aux registres du village sous lequel les biens sont situés.

» 4. Auxquelles annotations seront aussi sujets tous arrêts et saisissemens qui se font sur des biens immeubles aux secrétairies de quelques villes, cours ou seigneuries y situées.

» 5. Cependant les testamens, codicilles, donations, partages ou autres actes et contrats, ne devront pas être enregistrés en entier, mais seulement les clauses par lesquelles on entend les biens ou rentes être affectés, avec expression de jour et date, lieux, échevins, secrétaires, notaires et autres par-devant qui ils sont faits et parfaits.

» 6. Voulant que le devoir de ladite enregistrature, en cas de quelque Substitution, fidéicommis ou prohibition d'aliéner, sera procuré ou effectué par les institués, substitués et autres qui en sont chargés par lesdits placard et édit perpétuel, aux peines y prescrites; et qu'au surplus iceux, ainsi que les tuteurs et exécuteurs testamentaires, devront respectivement être responsables de tous dommages et intérêts que les majeurs, mineurs d'âge, absens, ou ceux qui ne sont pas encore nés, viendraient encore à souffrir à défaut de ladite enregistrature.

» 7. Sans que lesdits majeurs, mineurs, absens, ou ceux qui ne sont pas encore nés, auront aucun regrès par la suite.

» 8. Relativement auxquelles annotations il ne devra être payé aucuns frais ou charges de droits, de congé, reliefs ou autres, mais seulement les droits de simple enregistrature, servant uniquement pour la nue annotation aux fins comme dessus, savoir, six sous pour chaque enregistrature ou annotation, aussi grande qu'elle pourrait être, et trois sous pour chaque année de recherche.

» 9. Bien entendu cependant qu'en dedans les trois mois du décès des testateurs, aucunes oppignorations ou aliénations n'auront leur effet au préjudice de ce qui sera disposé par leurs testamens ou autres actes, n'opérant seulement qu'après leur décès relativement aux biens immeubles.

» 10. Déclarant qu'à la présente ordonnance seront assujéties toutes institutions, Substitutions, fidéicommis, défenses d'aliéner, legs, donations ou autres traités ou oppignorations faites par testamens, codicilles, contrats de mariage, partages ou autres actes d'entre-vifs, ou à cause de mort, et ouverts avant la publication de la présente, ainsi que tous arrêts pratiqués précédemment; et qu'en conséquence, ils devront être enregistrés de la manière prémentionnée, s'ils n'étaient déjà enregistrés auparavant, sauf que, pour effectuer et procurer cette enregistrature, il est accordé le terme de six mois après la publication de la présente.

» 11. Nous chargeons en outre tous notaires et autres personnes publiques domiciliées en ladite ville et quartiers d'Anvers, villes et villages comme dessus, par-devant qui lesdits actes seront passés, d'instruire ceux qui les feront passer, du contenu de la présente ordonnance, et d'en faire mention expresse dans les mêmes actes, à peine de correction arbitrale et privation de leur office, suivant l'exigence des cas.

» 12. Nous défendons à tous juges de juger le contraire, sous quelque prétexte que ce puisse être, à peine de nullité; et mandons à nos très-chers et féaux, les chancelier et gens de notre conseil de Brabant, et ceux du magistrat d'Anvers, Escoutêtes, et à tous autres officiers et justiciers dans ladite ville et quartiers d'Anvers, villes et villages comme dessus, de s'y conformer; car ainsi nous plaît-il ».

[[Par l'effet de cette loi, le placard de 1586 et l'art. 15 de l'édit de 1611 reçurent leur pleine exécution dans l'arrondissement d'Anvers. Mais il n'en fut pas de même dans les autres parties du Brabant.

Le 23 septembre 1701, les héritiers du président de Roose présentent au magistrat de Bruxelles une requête tendant à l'enregistrement d'une Substitution fidéicommissaire, dont ils ont été grevés par le défunt. Le même jour, ordonnance par laquelle le magistrat de Bruxelles déclare que cet enregistrement n'est pas nécessaire, et qu'il n'y a pas lieu d'y procéder. Cette ordonnance est dénoncée par les héritiers au conseil de Brabant, qui, par arrêt du 23 décembre suivant, la casse, et enjoint au magistrat d'enregistrer la Substitution.

Le magistrat de Bruxelles, loin d'obtempérer à cet arrêt, en porte ses plaintes au roi d'Espagne. Il lui remontre que, ni le placard de 1586, ni l'art. 15 de l'édit de 1611, ni les placards de 1673 et 1681, n'ont été exécutés dans le Brabant. Celui de 1694, ajoute-t-il, « n'a eu non plus aucune suite, à raison des remontrances des chefs-villes de ce » duché; en sorte que les *comptoirs* (bureaux) » y ordonnés pour faire les enregistratures, » sont demeurés sans effet ». Et il conclud en conséquence à ce qu'il plaise au roi « déclarer, par forme d'interprétation, 1° si l'intention de sa majesté est que le 15e article » de l'édit perpétuel et autres placards émanés sur le fait des fidéicommis, pour le » passé, doivent être exécutés à la charge des » substitués, à peine de nullité; 2° si ladite nullité en faveur des aliénations faites au profit » des acheteurs et créditeurs hypothécaires, » doit opérer au préjudice des substitués, » qui n'ont jamais eu aucune connaissance » desdits fidéicommis; 3° si ces fidéicommis, » qui ont eu leurs deux degrés avant le placard du 13 septembre 1681, ou trois mois » après la publication d'icelui, y sont compris » ou point, vu que par icelui est dit que » l'édit perpétuel et autres placards sur ce » fait, ne viennent en observance; 4° si » l'intention de sa majesté est que lesdits » placards doivent sortir leur effet pour le » futur, les notifications, tant des héritiers » institués que des tabellions, curés et autres autorisés à recevoir testamens, ordonnées par le placard de 1586, ne doivent » pareillement sortir leurs effets, sous les » peines y statuées; priant finalement sa » majesté, qu'au cas que les placards doivent » opérer pour le futur, son bon plaisir soit » d'ordonner qu'iceux soient de nouveau publiés, afin que ses sujets soient détrompés » de ladite non observance, si souvente fois » confirmée par sentence ».

Le 8 août 1703, cette requête est adressée par le gouverneur général des Pays-Bas, au conseil de Brabant, pour donner son avis, chambres assemblées, « nous informant en » même temps (porte cette lettre) ce qui est » de la non observance dudit 15e article de l'édit perpétuel, si cette non observance s'est » pu introduire contre une loi si solennellement émanée pour le repos des sujets de sa » majesté, s'il y a des sentences qui déclarent » ladite non observance, ou qui soient données en supposition d'icelle, et quelle interprétation ou autre remède il y pourrait » échoir ».

Le conseil de Brabant ne répond rien à cette lettre.

Le 2 octobre suivant, le gouverneur général lui en adresse une seconde, par laquelle

il lui réitère l'ordre de donner son avis sur la requête du magistrat de Bruxelles.

Le conseil de Brabant persiste à garder le silence.

Le magistrat de Bruxelles expose au roi qu'il « est informé que ledit conseil est sur le » point de rapporter un procès ventilant sur » l'observance ou non observance de ladite » enregistrature ».

Henri Cottereau, marquis d'Assch, que ce procès concerne, et qui a intérêt direct à ce que l'enregistrement des Substitutions soit reconnu n'être pas nécessaire, joint ses instances à celles du magistrat de Bruxelles.

En conséquence, le 14 janvier 1704, lettre du gouverneur général au conseil de Brabant, par laquelle il lui enjoint de nouveau de donner son avis, « et cependant de tenir en état » de surséance le rapport du procès dudit » marquis d'Assch, jusqu'à ce que, son avis » vu, autrement soit ordonné ».

Le conseil de Brabant paraissant disposé à ne tenir aucun compte de cet ordre, quatrième lettre du gouverneur général, en date du 30 juin suivant, qui lui réitère la double injonction de donner son avis et de surseoir au jugement du procès dont il s'agit.

Enfin, le 21 mai 1705, le conseil de Brabant répond que, dans la forme, la conduite du gouverneur général ne tend à rien moins qu'à rompre le cours de la justice; qu'au fond, il est juge; qu'il ne peut donner son avis sans préjudicier aux droits de l'une ou de l'autre des parties; et que, si l'on veut connaître légalement son opinion, il faut lever le sursis qui l'empêche de statuer sur le procès.

Cette réponse, comme on le devine aisément, ne satisfait pas le gouverneur général; et le sursis est continué.

En 1708, les adversaires de Henri Cottereau font de nouvelles diligences pour obtenir un jugement. Mais, par décret du 14 septembre de la même année, le conseil d'état enjoint au conseil de Brabant de respecter le sursis précédemment ordonné, jusqu'à ce qu'il ait envoyé son avis, et qu'il y ait été statué.

Le 9 mars 1709, les États de Brabant joignent leurs réclamations à celles du magistrat de Bruxelles; et, en attestant que, *depuis un siècle*, les fidéicommis ont eu tout leur effet sans enregistrement, demandent que, *pour l'avenir* seulement, il soit fait une loi précise sur la matière. Ces réclamations n'ont aucune suite; mais le sursis continue; et il n'est levé qu'en 1796, par l'effet de la loi du 20 septembre 1793, publiée dans le Brabant, après la réunion de ce pays à la France (1).

Il est temps de dire quel était l'objet de la contestation sur laquelle portait ce sursis.

Le 9 avril 1620, testament conjonctif par lequel Guillaume Cottereau I et son épouse, après avoir distribué tous leurs biens entre leurs enfans, défendent à ceux-ci « et à cha- » cun d'eux, de ne pouvoir aucuns desdits » biens vendre, donner, ni aucunement obli- » ger, en quelque manière ou cas que ce » soit, ne fût pour quelque urgente et no- » table nécessité, comme d'emprisonnement » ou cas semblable, ou pour faire notable » profit ou avantage, et ce par conseil et » aveu de leur mère, frères, sœurs, neveux » et manbours ».

Le testateur décède peu de temps après.

En 1661, 1663 et 1664, Guillaume Cottereau II, son fils aîné, dans la portion duquel sont échues les terres de Relegem, de Cobbegem, de Steenockerseel et de Humelgem, hypothèque les deux premières à Gilles Dubois, pour sûreté d'une somme de 27,000 florins, qu'il reconnaît avoir reçue de lui en constitution de rente.

En 1663 et 1664, il lui hypothèque également les deux autres terres, pour sûreté de trois sommes de 30,000, de 8,000 et de 20,000 florins, qu'il reconnaît avoir reçues de lui au même titre.

L'acte de 1661 est *réalisé* en 1680, devant la *loi* ou juridiction immédiate des lieux où sont situées les terres de Relegem et Cobbegem. Il l'est également en 1685, devant la cour féodale de laquelle est tenue la terre de Cobbegem; mais il ne l'est point devant la cour féodale de laquelle la terre de Relegem est mouvante.

Le 26 février 1683, Guillaume Cottereau II arrête, avec Gilles Dubois, le compte des arrérages qu'il lui doit, en fixe le montant à 30,000 florins qu'il réunit aux quatre capitaux précédemment empruntés, promet de payer les intérêts du total jusqu'au parfait remboursement, et déclare que, dans le cas où ses terres de Relegem, Cobbegem, Steenockerseel et Humelgem, se trouveraient frappées du fidéicommis dont *quelques-uns de ses biens* se trouvent grevés, il lui donne hypothèque sur la légitime qu'il est, dans ce cas, en droit de distraire de tous les immeubles que lui ont laissés ses parens.

(1) *V.* l'article *Décrets du conseil privé de Bruxelles.*

Le 8 juin 1684, cet acte est *réalisé* à la cour féodale de Brabant.

Guillaume Cottereau II meurt en 1689. Henri Cottereau, son fils, marquis d'Assch, répudie sa succession, et se met en possession des terres de Cobbegem, Relegem, Steenockerseel et Humelgem, comme fidéicommissées à son profit par le testament de 1620.

Le 16 novembre de la même année, Gabriel Vanduren, à qui Gilles Dubois a transporté sa rente de 27,000 florins en principal, avec tous les arrérages qui en sont dus, fait assigner Henri Cottereau devant le conseil de Brabant, en déclaration d'hypothèque. Celui-ci oppose la Substitution. On lui répond qu'elle n'a pas été enregistrée, et il en convient; mais il se retranche dans la *non observance* des lois qui prescrivent l'enregistrement des fidéicommis.

En 1703, le procès est mis en état d'être jugé; mais les ordres ci-dessus rappelés en empêchent le jugement.

Le 8 floréal an 5, le sieur Vanuttel et consorts, héritiers de Gabriel Vanduren, font assigner les sieurs Vandernoot, héritiers de Henri Cottereau, et possesseurs des terres hypothéquées à la rente de 27,000 florins en principal, devant le tribunal civil du département de la Dyle, pour reprendre le procès.

Le 3 messidor suivant, jugement qui, sans s'arrêter à la prescription par laquelle les sieurs Vandernoot soutiennent que le procès est éteint, ordonne aux parties de plaider au fond. Appel.

Par jugement du 14 floréal an 7, le tribunal civil du département de l'Escaut annulle, pour vice de forme, celui du tribunal civil du département de la Dyle, et statuant par jugement nouveau, prononce comme les premiers juges.

Les sieurs Vandernoot se pourvoient en cassation; mais leur requête est rejetée par arrêt contradictoire du 4 brumaire an 9.

L'affaire, en cet état, est reportée devant la cour d'appel de Bruxelles; et là, après une longue plaidoirie, dans laquelle les sieurs Vandernoot offrent la preuve de la *non observance* des édits de 1586, 1611, 1673, 1681 et 1694, dans la province de Brabant, arrêt intervient, le 14 fructidor an 11, par lequel,

« Vu les actes de réalisation de la constitution de rente de 1661.....;

» Considérant que, par l'aveu des deux parties, il est constant que, *dans le fait*, le fidéicommis réclamé n'a jamais été enregistré, ni reconnu par-devant aucune *loi* ou juge compétent; que, *dans le droit*, et notamment aux termes des placards des 15 décembre 1586, 16 juillet 1611, 16 septembre 1673, 13 septembre 1681 et 16 juin 1694, nulles clauses de fidéicommis, Substitution, prohibition d'aliéner, ou semblables charges ordonnées par testamens, donations ou contrats, ne peuvent sortir effet de réalisation ou d'affectation de droit, si ladite clause de testamens, donations ou contrats, contenant telle charge, n'est notifiée et enregistrée par-devant le juge ou *loi* où tels biens sont situés, ou, si ce sont fiefs, en la cour où ils sont tenus et mouvans;

» Et, quant à la non observation de ces lois, et l'offre de la preuve qu'on a faite dans plusieurs plaidoiries;

» Considérant qu'en droit, la seule non observance ne suffit pas pour abroger des lois générales, telles que sont celles qui prescrivent la nécessité des enregistremens des fidéicommis, mais qu'il faut un usage positif contraire à la loi; que même, pour produire cet effet, il doit être établi, par des actes fréquens, uniformes, publics et répétés pendant un espace de temps assez long pour que le législateur puisse être présumé avoir consenti tacitement à l'abrogation qu'on prétend établir; que surtout il faut que cet usage contraire soit général et universellement observé dans tous les lieux où la loi a été publiée, et non particulier et concentré dans une partie du territoire;

» Que, dans le fait, la preuve que les défendeurs ont offert de subministrer, ne semble point pouvoir réunir toutes ces qualités, attendu que les demandeurs ont joint à leurs inventaires, et communiqué aux avoués et conseils des défendeurs, un grand nombre de pièces, que ceux-ci n'ont point réfutées, et qui semblent démontrer invinciblement que toute tentative de preuve contraire sera vaine et illusoire;

» Considérant qu'il ne faut jamais admettre personne à prouver des choses dont la vérification ne lui serait d'aucune utilité;

» Vu l'édit du 13 septembre 1681, portant: *Notre volonté et intention est que le même placard* (du 16 septembre 1673) *soit ponctuellement observé en tous ses points et clauses, aux respectives peines et amendes y portées et que tous juges aient à s'y conformer en leurs jugemens, sans pouvoir admettre les parties à preuve sur son usage et observance, à peine de nullité de leurs sentences;*

» Attendu que de ce texte et de tout ce qui précède, il résulte que la preuve offerte serait vaine, inutile, superflue, et formellement en contradiction avec la disposition de la loi.....;

» Et quant à la connaissance du fidéicom-

mis (donnée à Gilles Dubois par l'acte du 26 février 1683), et à la mauvaise foi qui en résulterait (à l'époque des réalisations, tant de cet acte que de celui du 9 juin 1662);

» Considérant que, dans le fait, cette connaissance n'a été acquise par Dubois, que longtemps après avoir exécuté de son côté toutes les charges et obligations que le contrat de constitution de la rente dont il s'agit, lui avait imposées; que, par l'exécution entière de ce contrat, Dubois avait acquis irrévocablement et à titre onéreux, le droit de faire réaliser le contrat de constitution sur les biens que le débirentier lui avait assignés en hypothèque; que c'est ce droit acquis depuis longtemps, et antérieurement, de plusieurs années, à la connaissance du fidéicommis, que ledit Dubois a mis en usage pour faire précéder la réalisation de son titre et hypothèque, à celle du titre et fidéicommis de ses adversaires; que les lois, en général, favorisent ceux qui préviennent les autres de diligence, et que cette règle est principalement applicable dans les matières de préférence et de réalisation.....;

» Par ces motifs, le tribunal, sans s'arrêter à la preuve offerte par les défendeurs, déclare qu'en conformité des placards des 6 décembre 1586, 11 juillet 1611, 16 septembre 1673 et 13 septembre 1681, la disposition ou clause de fidéicommis réclamée par les défendeurs et leurs auteurs, n'a, quant aux biens de Cobbegem, eu ni sorti aucun effet de réalisation ou empêchement d'aliénation, au préjudice des demandeurs et de leur auteur; mais que le droit réel ou d'hypothèque, acquis en vertu des réalisations du 13 novembre 1680 et du 21 novembre 1685, sur lesdits biens, doit avoir et sortir son plein effet, malgré le fidéicommis réclamé ci-dessus; et avant faire droit sur les conclusions aux autres objets des demandes des parties de Devleeschouder (le sieur Vanuttel et consorts), leur ordonne..... ».

Les sieurs Vandernoot se pouvoient en cassation contre cet arrêt.

« Des cinq moyens de cassation qui vous sont proposés (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 3 mars 1808), le premier est détruit par le texte même de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles. *Ainsi jugé et prononcé* (y est-il dit) *à l'audience publique.* C'est donc à l'audience que la cause a été *jugée.* C'est donc à l'audience que le rapport a été fait. C'est donc à l'audience qu'ont été données les conclusions du ministère public. Car un jugement se compose, non-seulement de la délibération des juges qui en forme le résultat, mais encore du rapport et des conclusions du ministère public qui précèdent cette délibération.

» Inutilement dit-on, relativement aux conclusions du ministère public, qu'il est seulement énoncé dans l'arrêt qu'elles ont été lues, et relativement au rapport, qu'il n'est pas dit dans l'arrêt, qu'il a été fait à un jour précédemment indiqué aux parties.

» D'abord, si l'arrêt ne parle que de la lecture des conclusions du ministère public, il ne dit pas que cette lecture n'a pas été faite par le magistrat portant la parole sur la cause; il ne dit pas qu'elle n'a pas été faite à l'audience; et dès qu'il ne dit ni l'un ni l'autre, on doit nécessairement croire que, sur l'un comme sur l'autre point, tout s'est fait, tout s'est passé suivant le vœu de la loi.

» Il y a plus, et cette raison s'applique au rapport comme aux conclusions : par un arrêt interlocutoire du 11 fructidor an 9, la cour d'appel avait *appointé les parties à fournir avertissement, réponse et salvations, pour ensuite de communication de l'instance à donner au commissaire du gouvernement près ce tribunal,* ET ICELUI ENTENDU A L'AUDIENCE, *à désigner à la diligence des parties ou de l'une d'elles, être fait droit ainsi qu'il appartiendra;* et si, comme il est impossible d'en douter, on doit présumer que cet arrêt a reçu sa pleine exécution, il est clair, et que le ministère public a lu ses conclusions à l'audience, et que l'audience où a été fait le rapport à la suite duquel il a donné ses conclusions, avait été indiquée aux parties pour être présentes à l'un et aux autres, si elles le jugeaient convenable.

» Le deuxième moyen tend à établir que l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles a violé la loi du contrat et l'autorité de la chose jugée.

» Mais, 1° comment aurait-il violé la loi du contrat? En jugeant, disent les demandeurs, qu'il ne résultait pas de l'acte de 1683 une innovation aux actes de 1661, 1663 et 1664. Ainsi, les demandeurs prétendent vous constituer réviseurs de l'arrêt attaqué, en tant qu'usant du droit qui appartient essentiellement à la conscience des tribunaux, il a entendu l'acte de 1683 dans tel sens plutôt que dans tel autre, en tant qu'il applique à l'acte de 1683 le principe, incontestable en lui-même, mais dont l'application est absolument abandonnée aux lumières des cours, que la novation ne se présume pas, et qu'elle ne peut être établie que par des clauses qui manifestent évidemment qu'elle a été voulue par les parties. Et c'est assez dire qu'à cet

égard, les demandeurs ne peuvent pas être écoutés.

» 2° L'exception de chose jugée que les demandeurs prétendent tirer de l'arrêt de 1686, est-elle bien ou mal fondée? C'est ce qu'il est fort indifférent d'examiner ici. Une seule chose doit nous suffire : c'est que les demandeurs n'ont pas argumenté de cet arrêt devant la cour d'appel; c'est qu'ils ne l'ont pas même produit devant cette cour; c'est que, par là, s'il pouvait sortir de cet arrêt une exception de chose jugée en leur faveur, ils y auraient renoncé.

» Pour troisième moyen, les demandeurs vous disent que la cour d'appel de Bruxelles a faussement appliqué les dispositions des placards des anciens souverains de la Belgique, qui avaient assujéti les Substitutions fidéicommissaires à l'enregistrement; et que ces dispositions devaient être mises à l'écart,

» 1° Parceque, de leurs propres termes, il résulte que le défaut d'enregistrement ne peut jamais nuire au substitué; et qu'au contraire, c'est au substitué qu'elles attribuent le bénéfice de la peine dont elles le punissent;

» 2° Parceque le testament conjonctif de 1620, contenant le fidéicommis dont il est ici question, n'avait dû, d'après ces dispositions elles-mêmes, être enregistré que dans les trois mois postérieurs au décès de Marie Cottereau, l'une de ses auteurs; que Marie Cottereau n'est décédée que le 27 décembre 1661; que le premier titre de créance de Gilles Dubois remonte au 9 juin précédent; qu'ainsi, à l'époque où ce titre a été créé, ni le grevé, ni, à plus forte raison, le substitué, n'étaient encore en retard pour l'enregistrement du fidéicommis; et que, par une conséquence nécessaire, le défaut d'enregistrement n'a pas pu donner à ce titre une efficacité qu'il ne pouvait pas avoir par lui-même;

» 3° Parceque, si ce premier titre a été confirmé, et, en quelque sorte, renouvelé par l'acte du 26 février 1683, celui-ci contient, dans son propre texte, la preuve que Gilles Dubois avait alors connaissance du fidéicommis porté par le testament de 1620, connaissance qui aurait rendu Gilles Dubois non-recevable à se prévaloir du non-enregistrement de ce fidéicommis.

» Reprenons les différentes branches de ce moyen.

» D'abord comment peut-on dire que le défaut d'enregistrement d'un fidéicommis ne peut jamais nuire au substitué? Le placard de 1586 et l'art. 15 de l'édit perpétuel de 1611 établissent directement le contraire, en ce sens que le substitué ne peut pas se prévaloir du fidéicommis contre les tiers qui, avant l'enregistrement, ont acquis des droits de propriété ou d'hypothèque sur les biens fidéicommissés. Sans doute, le défaut d'enregistrement profite, suivant les mêmes lois, au substitué, en ce sens qu'il donne à celui-ci le droit de se faire envoyer en possession des biens avant l'ouverture du fidéicommis, ou plutôt qu'il hâte pour lui l'ouverture du fidéicommis, et la fait arriver même avant le temps fixé par le testateur. Mais l'arrêt attaqué a-t-il jugé que le fils de Guillaume Cotterau II n'avait pas pu, à défaut d'enregistrement du fidéicommis imposé à son père par le testament de 1620, se faire envoyer, du vivant de son père, en possession des biens fidéicommissés? Non. Il a seulement jugé qu'à défaut d'enregistrement, ce fidéicommis devait, par rapport à un créancier hypothécaire de Guillaume Cottereau II, être considéré comme non existant. Il n'a donc pas fait, sous ce rapport, une fausse application des placards; il n'a fait, au contraire, sous ce rapport, que les appliquer au cas précis pour lequel ces lois avaient été portées.

» En second lieu, où les demandeurs ont-ils pris que la clause du testament conjonctif de 1620, qui grevait Guillaume Cottereau II de fidéicommis, ne devait pas encore être enregistrée le 9 juin 1661, date du premier titre de créance de Gilles Dubois? Non-seulement, ils n'ont pas prouvé, c'est trop peu dire, non-seulement ils n'ont pas articulé, devant la cour d'appel de Bruxelles, que Marie Cottereau, l'une des auteurs de ce testament, ne fût morte que depuis le 9 juin 1661; mais, quand même ils auraient articulé et prouvé ce fait devant la cour d'appel de Bruxelles, quand même ils seraient recevables à l'articuler et à le prouver pour la première fois devant vous, on ne pourrait pas en conclure que le fidéicommis n'avait pas dû, en tant qu'il portait sur les terres de Relegem et de Cobbegem, être enregistré avant le 9 juin 1661.

» En effet, les terres de Relegem et de Cobbegem provenaient-elles de Marie Cottereau? Rien ne l'annonce, rien ne permet de le présumer, au moins dans l'hypothèse où Marie Cottereau fût encore vivante le 9 juin 1661; et, au contraire, tout annonce, tout porte à présumer que, dans cette hypothèse, elles provenaient de Guillaume Cottereau I, qui était mort peu de temps après le testament; puisque, dans l'acte du 9 juin 1661, Guillaume Cottereau II parle de ces terres comme de biens qui lui appartiennent actuellement; et que, très-certainement, elles ne

lui auraient pas encore appartenu à cette époque, s'il n'eût pu y prétendre que du chef de sa mère, et si, à cette époque, sa mère eût encore été en vie.

» Inutile de dire que, par le testament de 1620, Guillaume Cottereau I avait laissé à Marie Cottereau, sa femme, l'usufruit de tous ses biens? Qui est-ce qui ignore que la disposition par laquelle un testateur grève ses biens d'usufruit, n'en empêche pas la propriété de se fixer sur la tête de l'héritier, dès l'instant où le testateur lui-même cesse de vivre?

» Plus inutile d'objecter que le testament de 1620 était conjonctif, et que, dès-là, il n'a dû avoir aucun effet tant qu'a vécu l'un des deux époux qui l'avaient fait en commun. Les testamens conjonctifs, lorsqu'ils étaient autorisés, étaient censés former autant de testamens qu'il y avait de testateurs qui y comparaissaient: *Duo censentur esse testamenta, ex quo vir et uxor simul testati sunt; quia tot sunt testamenta, quot sunt personæ testamentum facientes;* ce sont les termes de Mynsingère, *cent.* 1, *obs.* 8; et c'est sur ce fondement qu'un arrêt de la chambre impériale d'Allemagne, rapporté par le même auteur, a jugé valable la révocation qu'un époux survivant avait faite, quant à ses propres biens, d'un testament par lequel il avait, conjointement avec son époux, depuis prédécédé, ordonné que sa part dans les acquêts de la communauté appartiendrait, après sa mort, à ses plus proches parens.

» A la vérité, la jurisprudence belgique avait excepté de cette règle le cas où, par leur testament conjonctif, le mari et la femme avaient expressément disposé des biens l'un de l'autre, qu'ils avaient, à cet effet, par une clause spécifique, confondus en une seule masse. Mais le testament conjonctif de 1620 ne nous offre rien de semblable: on n'y trouve pas un mot qui fasse entendre que les testateurs y déposent confusément, l'un des biens de la femme, l'autre des biens du mari; et, dans le doute, le mari et la femme sont censés n'y avoir disposé chacun que de ses propres biens. Ainsi, même dans la supposition que Marie Cottereau ne fût pas encore décédée le 9 juin 1661, il demeurerait toujours constant que, le 9 juin 1661, le testament conjonctif était ouvert et avait produit tout son effet, quant aux biens provenant de Guillaume Cottereau I.

» En troisième lieu, qu'importe que Gilles Dubois ait acquis, par l'acte du 26 février 1683, la connaissance du fidéicommis qui pesait sur les terres de Relegem et de Cobbegem? Qu'importe qu'il n'ait fait réaliser son contrat du 9 juin 1661 que deux ans après, en 1685, devant la cour féodale de laquelle relevait la terre de Cobbegem?

» A la vérité, avant que l'art. 33 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 en eût disposé autrement, on jugeait, même en France, que le tiers acquéreur ou créancier, qui, en traitant avec un grevé de fidéicommis, avait connaissance de sa condition, ne pouvait pas exciper du défaut d'enregistrement du fidéicommis même; et il y a tout lieu de penser que l'on a jugé de même dans la Belgique, tout le temps que les Substitutions y ont été reçues. Mais cette jurisprudence n'était pas applicable à Gilles Dubois. Gilles Dubois ignorait bien constamment le fidéicommis dont était grevée la terre de Cobbegem, lorsque, par l'acte du 9 juin 1661; et, sur la foi d'une promesse d'hypothèque sur cette terre, avec faculté de la réaliser, il avait avancé à Guillaume Cottereau II un capital de 27,000 florins, pour lequel ce dernier lui avait constitué une rente au taux légal; et c'en était assez pour qu'il pût faire réaliser cette hypothèque, même après avoir acquis la connaissance du fidéicommis. C'est ainsi que, sous la loi du 11 brumaire an 7, on n'aurait pas pu annuler, pour cause de mauvaise foi, la transcription qu'aurait fait faire de son contrat d'acquisition, celui qui aurait acheté un bien déjà vendu à une autre personne, mais dont il ignorait la vente antérieure, quoique d'ailleurs la vente antérieure lui eût été parfaitement connue au moment où, pour conserver son droit, il aurait fait transcrire son titre.

» Le troisième moyen de cassation des demandeurs est donc également mal fondé dans ses trois branches. Passons au quatrième.

» Il consiste à dire qu'en donnant aux dispositions du placard de 1586 et de l'édit perpétuel de 1611, concernant la nécessité d'enregistrer les fidéicommis pour les faire valoir contre des tiers, une autorité qu'elles n'ont jamais eue dans le Brabant, la cour d'appel de Bruxelles a excédé les pouvoirs dont elle est investie, et qu'elle a, par suite, violé les coutumes du pays qui veulent que les testamens emportent droit réel sans le secours d'aucune formalité ultérieure.

» Pour apprécier ce moyen, fixons-nous d'abord sur un point qui nous paraît capital, et que les demandeurs eux-mêmes vous présentent comme tel. A qui appartenait, sous l'ancienne constitution du Brabant, le pouvoir de faire des lois?

» Les demandeurs exposent que ce pouvoir,

n'appartenait pas au prince seul; et ils ont raison. Mais avec quelle autorité le prince le partageait-il? Il le partageait, suivant le demandeur, avec *les magistrats des villes de Bruxelles, d'Anvers et de Louvain, espèce de* chambre des communes, *et les états de Brabant, espèce de* chambre haute.

» Mais cette assertion est démentie par les monumens les plus authentiques. Il est vrai que les états concouraient, avec le prince, à l'exercice de plusieurs actes de la souveraineté: il est vrai que le prince ne pouvait, sans leur consentement, ni établir aucun impôt, ni déclarer la guerre, ni faire aucun changement dans les monnaies, ni accorder des lettres de grâce aux coupables de haute trahison; et que ces divers points étaient ainsi réglés par la *joyeuse entrée*, c'est-à-dire, par le serment que le prince prêtait aux états à son avénement. Mais il n'en était pas de même du pouvoir de faire des lois. Le prince n'avait, dans l'exercice de ce pouvoir, d'autre co-opérateur que son conseil souverain de Brabant.

» C'est ce qu'atteste M. de Néni, chef-président du conseil privé de Bruxelles, dans ses *Mémoires historiques et politiques des Pays-Bas autrichiens*, chap. 19. Après avoir dit, art. 1, que *la puissance de faire des lois n'appartient, dans les Pays-Bas, qu'au souverain seul ou à celui qui exerce son autorité suprême*, et (que) *c'est au conseil privé que se traitent les affaires relatives à la législation*; il ajoute, art. 2: *ce que l'on vient de dire à l'article précédent, touchant l'examen, la délibération et la décision sur les nouvelles lois qu'il s'agit d'émaner, concerne toutes les provinces sans exception; mais, dans celles de Brabant et de Limbourg qui sont unies, et qui jouissent des mêmes priviléges et prérogatives, les édits et autres ordonnances qui ont le caractère de loi doivent être munis du sceau de Brabant, dont le chancelier de cette province a la garde, et signés d'un secrétaire brabançon. Cette forme est fondée sur les art. 4 et 5 de la joyeuse entrée, par le premier desquels le souverain s'engage à avoir un sceau particulier et distingué pour le Brabant, qui doit toujours y demeurer et dont on scelle tous les actes concernant les pays de Brabant et d'outre-Meuse et leurs sujets. Il est dit aussi que les actes seront signés par un des secrétaires ordonnés aux affaires de Brabant. Le souverain promet de plus, par l'art. 5, qu'il fera traiter toutes les affaires de Brabant concernant la justice* OU STATUTS, PLACARDS, ÉDITS, ORDONNANCES, COMMANDEMENS OU AUTREMENT, PAR AVIS DU CONSEIL DE BRABANT. *Lorsque le gouvernement a résolu l'émanation d'un édit, ou autre ordonnance qui doit opérer dans les provinces de Brabant et de Limbourg, il envoie ordre au conseil de le faire publier; ce tribunal délibère sur l'ordonnance ou l'édit; s'il n'y trouve point d'inconvéniens, il le fait publier; sinon, il expose, par une représentation, ses difficultés et ses embarras au gouvernement, comme tout autre tribunal supérieur de justice est en droit de faire; et c'est en conséquence de la formalité de cette délibération, que l'on dit que les ordonnances s'émanent de l'avis du conseil de Brabant, conformément à l'art. 5 de la joyeuse entrée.*

» Il est donc bien clair que toute loi faite par le duc de Brabant, soit de l'avis préalable, soit avec l'approbation subséquente de son conseil souverain, était obligatoire même pour les villes de Bruxelles, de Louvain et d'Anvers, même pour les états du pays. Et de là, la conséquence nécessaire que l'art. 15 de l'édit perpétuel de 1611 avait acquis le véritable titre de loi dans le Brabant, par cela seul que le prince l'avait rédigé, et que le conseil souverain l'avait vérifié.

» Or, c'est sous l'empire de cet article qu'a été fait le contrat de constitution de rente, du 9 juin 1661; c'est sous l'empire de cet article que Guillaume Cottereau II a hypothéqué ses terres de Cobbegem et de Relegem, à Gilles Dubois. Gilles Dubois n'a donc pas pu, aux termes de cet article, être privé par un fidéicommis non enregistré, de l'hypothèque qui lui avait été accordée sur ces deux terres.

» Mais, dit-on, cet article n'était pas observé à l'époque où l'hypothèque dont il s'agit, a été accordée à Gilles Dubois; et sa *non observance*, à cette époque, a été reconnue, tant par le conseil de Brabant dans son avis du 4 juillet 1672, que par le prince dans son édit du 16 septembre 1673.

» Remarquons d'abord qu'il y a une différence extrême entre la *non observance* d'une loi et un usage directement contraire à ses dispositions. Une loi n'est pas abrogée par le seul fait de son *inobservance*, quoiqu'elle puisse l'être en certains cas par un usage positif qui la contrarie directement: *neque enim* (dit Voët, sur le Digeste, liv. 1, tit. 3, n° 35), *solo non usu actuumque defectu, sed demùm actuum contrariorum palàm exercitorum frequentiâ, antiqua jura tolluntur; cùm sœpè vel transactionibus vel privatis aliis conventionibus interpositis occasio deficiat utendi juribus etiam æquissimis in civitate probatis.* C'est ce qui a fait dire à d'Argentrée, sur l'art. 332 de l'ancienne coutume

de Bretagne, gl. 1, nº 7, que *semel scriptâ consuetudine, etiamsi mille annis nemo ed utatur, tamen semper habitu obtinet.* Et voilà pourquoi le président Bouhier, dans ses *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. 13, nos 35, 36 et 37, dit pareillement : *il y a deux sortes d'usages : l'un est une coutume de faire de certaines choses ou d'une certaine manière, sans qu'il y ait eu sur cela de contradiction, du moins qui ait été suivie de jugement; l'autre est une coutume qui, non-seulement a été controversée, mais qui de plus a été suivie de quelque jugement contradictoire. A l'égard de la première espèce d'usage, je ne crois pas que raisonnablement on puisse lui attribuer le droit d'abroger la loi. C'est un point sur lequel Dumoulin et d'Argentrée, quoique le plus souvent d'avis contraire, sont parfaitement d'accord..... Supposons, par exemple, qu'en notre province, les femmes mariées se soient ingérées pendant long-temps de faire toutes sortes d'actes sans autorité de leurs maris, et que personne ne s'en soit plaint en justice : croira-t-on que la disposition de notre coutume soit abrogée? Je ne pense pas que personne puisse le dire; et quoique nous n'ayons pas tout à fait autant de respect pour les lois romaines, nous ne les regarderons pas non plus comme abrogées, parceque les particuliers auraient discontinué pendant quelque temps de s'y conformer.*

» Or, dans quel sens le conseil de Brabant, par son avis du 4 juillet 1672, et le prince, par son édit du 15 septembre 1673, reconnaissent-ils que l'art. 15 de l'édit perpétuel de 1611 n'est pas observé? En ce sens, que l'on n'est pas dans l'usage de faire enregistrer les Substitutions fidéicommissaires? Oui. En ce sens que, dans l'usage, les Substitutions fidéicommissaires aient, quoique non enregistrées, leur plein effet contre les créanciers et les tiers-acquéreurs? Non. Donc ils ne reconnaissent ni l'un ni l'autre que l'art. 15 de l'édit perpétuel de 1611 soit abrogé par un usage contraire à ses dispositions. Donc on ne peut conclure, ni de l'avis de l'un, ni de l'édit de l'autre, que cet article ne faisait plus loi à l'époque du contrat de constitution de rente, passé par Guillaume Cottereau II au profit de Gilles Dubois.

» Remarquons ensuite que, bien loin d'approuver la *non observance* de l'art. 15 de l'édit perpétuel de 1611, le conseil de Brabant et le prince s'accordent sur la nécessité de le maintenir, de le renouveler et de l'entourer de dispositions pénales qui forcent les particuliers à s'y conformer.

» Et à qui espère-t-on persuader que, par là ils ont voulu ne le faire observer qu'à l'avenir; que par là ils ont voulu lui ôter toute sa force pour le passé; que, par là, ils ont voulu dépouiller les créanciers et les tiers-acquéreurs qui avaient traité depuis 1611 avec des grevés de Substitutions non enregistrées, du droit qui leur était acquis d'en opposer le non enregistrement aux substitués?

» Remarquons enfin que, si l'on a quelquefois cassé des arrêts pour avoir jugé en faveur de l'usage contre la loi; jamais on n'en a cassé pour avoir jugé en faveur de la loi contre l'usage; et vous n'avez pas oublié, messieurs, que le 3 floréal an 13, au rapport de M. Pajon, vous avez rejeté, conformément à nos conclusions, le recours en cassation des héritiers Villeroy contre un arrêt de la cour d'appel de Paris, qui, abandonnant la jurisprudence très-constante du parlement de la même ville, et revenant au texte formel de l'ordonnance de 1667, avait déclaré non-recevable un appel interjeté après dix ans de la signification de la sentence qui en était l'objet; vous n'avez pas oublié que vous avez motivé le rejet de ce recours sur la considération également applicable à notre espèce, que la cour d'appel de Paris n'avait pu commettre aucune contravention à la loi, *en procurant à la loi sa pleine et entière exécution.*

» Et après tout, messieurs, comment pensez-vous qu'eût été jugée l'espèce actuelle par le conseil souverain de Brabant, en 1703 et en 1708, si, à ces époques, des ordres supérieurs, provoqués par Henri Cottereau, n'eussent paralysé dans ses mains la balance de la justice? Oh! Il n'en faut pas douter, Henri Cottereau n'eût pas provoqué ces ordres, s'il n'eût eu la certitude très-positive que le conseil souverain de Brabant était alors disposé à prendre pour règle de son jugement les dispositions de l'art. 15 de l'édit perpétuel de 1611; s'il n'eût eu la certitude très-positive que le conseil souverain de Brabant n'entendait tenir aucun compte de l'usage prétendu que l'on opposait à ses dispositions; s'il n'eût eu la certitude très-positive que l'hypothèque acquise aux représentans de Gilles Dubois, prévaudrait sur un fidéicommis non enregistré. Mais cette considération seule ne suffirait-elle pas pour justifier l'arrêt dont les représentans de Henri Cottereau vous demandent aujourd'hui la cassation? La cour d'appel de Bruxelles n'a fait en l'an 11 (1803), que ce que le conseil souverain de Brabant eût fait en 1703 ou 1708, si en 1703 ou 1708, le cours de la justice n'eût pas été enchaîné par des ordres arbitraires. Elle n'a fait que répa-

rer une oppression qui, pour s'être prolongée pendant près d'un siècle, n'avait pas cessé d'être une oppression.

» Mais, disent les demandeurs, et c'est leur cinquième moyen de cassation, arbitraires tant que l'on voudra, les ordres qui avaient sursis, en 1703 et 1708, au jugement du procès dont il s'agit, n'ont pu être levés que par une autorité égale à celle qui les avait donnés. Oppression tant que l'on voudra, il n'appartient pas aux tribunaux de détruire même les actes oppressifs qu'un gouvernement s'est permis.

» Les demandeurs oublient donc que, par la loi du 20 septembre 1793, publiée dans la Belgique, en vertu de l'arrêté du directoire exécutif, du 17 messidor an 4, *les lettres patentes accordées dans des cas particuliers, enregistrées aux ci-devant parlemens ou autres cours supérieures, sans opposition et discussion préalable, les arrêts de propre mouvement et autres du ci-devant conseil, rendus sans parties présentes ou appelées....., ne peuvent en aucun cas, être valablement opposés à ceux contre qui ils ont été obtenus*? Ils oublient donc que, par arrêt du 25 juin 1807, au rapport de M. Borel, vous avez déclaré cette loi applicable à un rescrit adressé en 1785 au conseil de Brabant, sous le nom de l'empereur Joseph II; et qui, sans que les sieurs de Montmorency-Robecq et Morbecq eussent été entendus ni appelés, avait fait revivre un procès jugé en leur faveur, par un arrêt contradictoire de ce tribunal! Ils oublient donc que les représentans de Gilles Dubois ont conservé, par des protestations ponctuellement réitérées de 29 ans en 29 ans, depuis l'année 1708, le droit d'invoquer cette loi avec le même succès que l'ont fait les sieurs de Montmorency! Ils oublient donc que, sur leur propre requête et nonobstant leurs propres réclamations, la cour a confirmé, par arrêt du 4 brumaire an 9, au rapport de M. Oudot, un jugement du tribunal civil du département de l'Escaut, qui avait expressément déclaré que les *actes d'interdiction lancés par un abus de pouvoir*, en 1703 et 1708, dans l'affaire même dont il est encore ici question, *étant maintenant levés de plein droit, la cause* était *disposée à être résumée* (c'est-à-dire, reprise) *et poursuivie!*

» Ce sont pourtant là des vérités irréfragables, et qui ne permettent pas d'avoir plus d'égard au cinquième moyen des demandeurs, que les développemens dans lesquels nous sommes précédemment entrés, ne permettent d'avoir égard aux quatre autres. Nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs et de les condamner à l'amende ».

Par arrêt du 3 mars 1808, au rapport de M. Basire,

« Attendu qu'il résulte du texte même de l'arrêt attaqué, qu'il a été précédé et accompagné de toutes les formalités requises pour sa régularité;

» Que, d'après l'interprétation donnée par l'arrêt à la convention de 1683, la loi a été bien appliquée à cette convention;

» Que des lois de 1586, 1611 et autres subséquentes, il résulte que le défaut d'enregistrement des Substitutions profite aux personnes tierces qui ont traité avec les institués ou substitués;

» Qu'il n'est pas justifié en fait que les demandeurs aient opposé la chose jugée en 1686;

» Que l'arrêt attaqué, en appliquant à l'espèce les lois de 1586, 1611, et autres suivantes, loin d'avoir commis un excès de pouvoir, n'a fait qu'un légitime usage du pouvoir, puisque l'émission de ces lois avait eu lieu avec toutes les formes constitutionnellement requises, puisqu'aucun usage contraire aux obligations prescrites par ces lois ne les avait tacitement abrogées, puisqu'enfin les souverains du Brabant, loin d'avoir expressément abrogé ces lois, ont, au contraire, consolidé les premières de ces lois, en ordonnant itérativement et par plusieurs lois successives, qu'elles seraient exécutées;

» Enfin, que par jugement du tribunal de l'Escaut, jugement confirmé par la cour de cassation, il était irrévocablement jugé, que l'instance suspendue depuis 1708, avait été valablement reprise contre les demandeurs;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

IV. Quant aux parties de la Belgique qui sont rentrées, dès le 17e siècle, sous la domination française, ç'a été long-temps une grande question si le placard de 1586 et l'art. 15 de l'édit perpétuel de 1611 devaient y être observés.

L'affirmative ne devait pas paraître douteuse pour ceux de ces pays qui, à l'époque de la publication du placard du 16 septembre 1673, appartenaient encore à la maison d'Autriche, et notamment pour la portion de l'Artois, qui portait alors le nom d'*Artois réservé*; car ce placard y fut promulgué comme dans le Brabant.

Cependant il existe des actes de notoriété du conseil d'Artois, non-seulement des 27 juillet 1667 et 22 avril 1673, c'est-à-dire, d'époques antérieures à la réunion de l'*Artois réservé* à la France, mais encore des 2 décembre 1678, 6 juillet 1683, 7 mai 1685,

6 juin 1687 et 22 mai 1691, qui attestent que, ni le placard de 1586, ni l'art. 15 de l'édit perpétuel, ne se sont exécutés dans son ressort (1).

Ce tribunal avait cependant tenté, le 5 octobre 1661, de les y faire revivre, et cela en rendant une sentence en forme de réglement, par laquelle il déclarait que le défaut d'enregistrement des fidéicommis, les vicierait à l'égard des dettes qui seraient contractées ou des aliénations qui se feraient à l'avenir. Ce réglement ajoutait que, pour le passé, les fidéicommis non enregistrés auraient le même effet que s'ils eussent été revêtus de cette forme.

Mais le parlement de Paris fit connaître, par plusieurs arrêts, qu'il désapprouvait cette tolérance abusive. Le 30 avril 1683, il déclara sans effet contre des tiers une Substitution faite en 1609, pour défaut d'enregistrement. Les 11 juin 1686 et 29 mars 1689, nouveaux arrêts qui jugent de même par une Substitution de 1607. Le 9 mai 1690, autre au sujet d'une Substitution du 31 août 1589, et en faveur d'un créancier dont le titre était du 24 mai 1645.

Cette jurisprudence était sans doute très-sage; cependant on s'en départit bientôt. Dès le 6 juillet 1673, il était intervenu un arrêt qui avait décidé pour la validité d'un fidéicommis non enregistré; il s'agissait, à la vérité, d'un testament et de créances qui remontaient au-delà de 1611; mais le tout était postérieur au placard de 1586. Un autre arrêt du 14 juin 1704 jugea de même pour une Substitution faite après 1611, et contre des créanciers dont les titres étaient en partie antérieurs et en partie postérieurs au réglement du conseil d'Artois de 1661. C'est ce qui fut encore décidé par un arrêt du 8 juillet 1706 (2).

A l'égard du parlement de Flandre, toutes les fois que la question se présenta devant lui, soit qu'il s'agît de biens situés dans son ressort, ou en Artois, il ordonna toujours, avant faire droit, que les parties feraient preuve de l'usage. M. le président Dubois d'Hermanville, §. 119, en rapporte trois arrêts, dont le dernier est du 4 octobre 1692.

Tant de variations et de doutes ne prouvaient que trop le besoin d'une loi nouvelle sur ce point important. Les états d'Artois l'avaient sollicitée dès 1661, et Louis XIV la leur avait promise par sa réponse à leurs cahiers du 23 août de cette année. Mais elle fut alors perdue de vue; et les Pays-Bas français restèrent à cet égard dans l'incertitude, jusqu'au moment où ils virent paraître la déclaration rendue pour tout le royaume le 18 janvier 1712.

Depuis ce temps, la nécessité de la publication et de l'enregistrement des fidéicommis dans la Belgique française, ne souffrit plus la moindre contradiction; mais il resta une difficulté pour le temps qui avait précédé la loi nouvelle.

Quelques-uns pensèrent qu'elle ne pouvait avoir d'effet rétroactif, et que par conséquent les tiers-acquéreurs ou créanciers dont les titres étaient antérieurs à sa promulgation, devaient l'emporter sur les appelés aux Substitutions non enregistrées. On prétend même qu'il en a été ainsi jugé par un arrêt du 14 juin 1738, rendu à la troisième chambre des enquêtes du parlement de Paris (1).

Mais la déclaration de 1712 est trop précise pour qu'on puisse raisonnablement adopter une pareille opinion. Ce n'est pas seulement pour l'avenir, c'est encore pour le passé qu'elle dispose; et l'exception qu'elle fait en faveur des pays où il n'y avait précédemment aucune loi qui prescrivit l'enregistrement des Substitutions, ne peut bien sûrement s'appliquer à aucune des provinces belgiques.

Aussi l'opinion contraire a-t-elle été proscrite, et par une sentence du conseil d'Artois, rendue le 31 janvier 1715, après un *consultis classibus* (2), et par deux arrêts du parlement de Paris, des 4 juillet 1726 (3) et 16 mai 1743 (4).

V. Revenons à la déclaration de 1712. On a remarqué sans doute que l'édit perpétuel n'était pas tout-à-fait conforme à sa disposition. Suivant cette dernière loi, les fidéicommis ne devaient être enregistrés que dans les justices immédiates de la situation des biens; au lieu que, suivant la déclaration de 1712, ils devaient l'être, et dans les siéges royaux de la situation des biens, et dans celui de la même qualité du lieu où le substituant était domicilié.

Les officiers du conseil d'Artois firent des remontrances contre ce changement: mais elles restèrent sans effet: « Quand celui qui

(1) Maillart, sur la coutume d'Artois, art. 74, n° 115.

(2) Tous ces arrêts sont cités par Maillart, à l'endroit cité.

(1) Maillart, *ibid.*

(2) Brunel, *Observation sur le Droit coutumier*, chap. 6, n° 38.

(3) Maillart, à l'endroit cité.

(4) L'Epine de Grainville, page 608.

» fera la Substitution (leur écrivit M. le chan-
» celier Voisin, le 8 octobre 1712), demeurera
» naturellement dans l'étendue de la justice
» royale où seront situés les biens qu'il substi-
» tue, il ne sera pas besoin d'un double en-
» registrement; et par conséquent ce que
» porte la déclaration à cet égard, ne peut
» produire d'inconvénient en Artois, puisque
» dans la province, il n'y a point d'autre jus-
» tice royale que le conseil provincial; mais
» comme la déclaration est générale, et doit
» avoir lieu par tout le royaume, on a jugé
» qu'il était nécessaire de prendre la précau-
» tion que les Substitutions fussent enregis-
» trées, *tant à la justice royale de celui qui*
» fait la Substitution, qu'à celle des biens
» substitués ».

Le parlement de Flandre fit, sur le même objet des remontrances qui furent mieux accueillies. Le 22 juillet 1712, le roi donna, pour le ressort de cette cour, une déclaration dont voici le dispositif:

« Voulons et nous plait que l'édit ou placard du roi d'Espagne Philippe II, du 16 décembre 1586, et l'art. 15 de l'édit perpétuel des archiducs, du 11 juillet 1611, en ce qui concerne les Substitutions et fidéicommis, soient exactement observés dans le ressort de notredit parlement de Flandre; voulons en conséquence que les Subtitutions et les fidéicommis, ensemble les défenses d'aliéner, portées par des actes entre-vifs ou par des testamens, n'aient effet de réalisation, si elles ne sont registrées, à l'égard des fiefs, aux greffes des cours et juridiction féodales dont ils sont tenus et mouvans, et à l'égard des biens non féodaux, aux greffes des justices de lieux où ils sont situés; et que ledit enregistrement soit fait à la diligence des héritiers, soit institués, soit *ab intestat*, donataires ou légataires universels, ou même particuliers, lorsque leurs donations ou legs seront chargés de Substitutions ou fidéicommis; et en cas de minorité, à la diligence de leurs tuteurs ou curateurs qui demeureront responsables du défaut d'enregistrement, et ce, avant qu'ils puissent se mettre en possession des biens chargés de Substitution ou fidéicommis, et à peine d'en perdre la jouissance, qui appartiendra, dans ce cas, aux substitués, et aux autres en faveur de qui la prohibition d'aliéner aura été faite, lesquels, audit cas, seront pareillement tenus de faire ledit enregistrement sous la même peine;

» Ordonnons que lesdites Substitutions ou fidéicommis soient enregistrés dans un registre destiné à cet effet, qui sera paraphé à chaque page par le principal juge des siéges où les Substitutions doivent être enregistrées; voulons que les Substitutions qui sont faites ou qui se feront à l'avenir, qui n'auront pas été enregistrées, ne puissent être opposées aux créanciers ni aux tiers-acquéreurs, et que celles qui auront été enregistrées, ne puissent leur être opposées que du jour de l'enregistrement; ce qui aura lieu à l'égard des mineurs, sans qu'ils puissent être relevés du défaut d'enregistrement, même en cas d'insolvabilité de leurs tuteurs.

» Ne pourra le défaut d'enregistrement être opposé, en aucun cas, aux substitués par les héritiers institués ou *ab intestat*, donataires ou légataires universels ou particuliers, ni par leurs successeurs, à l'égard desquels les Substitutions auront leur effet, comme si elles avaient été enregistrées.

» Si donnons en mandement à nos amés et féaux conseillers, les gens tenant notre cour de parlement de Flandre, que ces présentes ils aient à faire publier, enregistrer et exécuter selon leur forme et teneur, nonobstant notre déclaration du 18 janvier dernier, à laquelle nous avons dérogé en ce qui est contraire à notre présente déclaration ».

Cette déclaration fut enregistrée au parlement de Flandre, le 6 août 1712.

Le 8 novembre 1715, il intervint, dans la même cour, un arrêt par lequel le sieur d'Haussi fut admis à prouver « qu'il y avait un » usage constant et reçu d'enregistrer au » greffe de la gouvernance de Lille les fidéi- » commis, pour valoir réalisation à l'égard » des biens situés dans les seigneuries parti- » culières qui font partie de la châtellenie de » Lille (1) ».

Ainsi, malgré la confirmation que le roi venait de faire des dispositions du placard de 1586 et de l'édit perpétuel, on jugea qu'elles devaient céder à un usage local relativement à la qualité de la juridiction où devait se faire l'enregistrement. On considéra sans doute que cet usage était conforme au droit commun du royaume, et que, par cette raison, il devait être favorable.

VI. La déclaration du 22 juillet 1712 fut exécutée jusqu'à l'enregistrement de l'ordonnance de 1747 au parlement de Flandre. On fit cependant alors quelques tentatives pour en maintenir les dispositions, mais le législateur trouva plus expédient d'établir là-dessus des règles toutes nouvelles et absolument

(1) Deghewiet, *Institutions au Droit belgique*, part. 2, tit. 4, §. 10, nº 12.

particulières au ressort de cette cour. Voici ce que porte la déclaration rendue à ce sujet le 12 juillet 1749, et enregistrée le 13 août suivant :

« Art. 1. Interprétant l'art. 29 du tit. 2 de notre ordonnance du mois d'août 1747, et y dérogeant en tant que de besoin serait, voulons que, dans le cas où il se trouvera que tous les biens substitués sont dans le ressort de notre parlement de Flandre, et que l'auteur de la Substitution y avait aussi son domicile au jour de l'acte qui la contient, si elle est faite par une donation ou contrat entre-vifs, ou au jour de son décès, si elle est faite par une disposition à cause de mort, la publication et l'enregistrement de la Substitution soient faits en notredite cour seulement; et lorsque ledit domicile ou la situation des biens en tout ou en partie ne se trouverait pas également dans le ressort dudit parlement, la publication et l'enregistrement seront faits, tant audit parlement, qu'aux siéges où ils doivent l'être, suivant notre ordonnance, relativement au domicile de l'auteur de la Substitution, ou à la situation desdits biens.

» 2. La disposition de l'article précédent aura lieu pareillement, lorsque la Substitution comprendra des rentes de la qualité marquée par l'art. 22 du tit. 2 de ladite ordonnance, ou des offices, et que le lieu où lesdites rentes se paient, ou dans lequel se fait l'exercice desdits offices, sera dans le ressort du parlement.

» 3. Voulons qu'il soit aussi procédé par notredite cour à la publication et enregistrement des actes d'emploi, ainsi qu'il est réglé par l'art. 23 du tit. 2 de l'ordonnance, lorsque l'emploi requis par cette loi, aura été fait en acquisition de maisons, terres, rentes foncières ou droits réels sur des héritages, ou en constitutions de rentes de la qualité marquée par ledit art. 22, et que lesdites maisons, terres ou droits réels seront situés dans les pays du ressort de notredite cour, ou que le lieu où se paient les fruits, sera dans l'étendue desdits pays.

» 4. Le contenu aux trois articles précédens sera observé, à peine de nullité des actes de publication et d'enregistrement qui seront faits ailleurs que dans les siéges ci-dessus marqués, sans préjudice au surplus de l'exécution des Substitutions qui auraient été ci-devant enregistrées en la forme prescrite par la déclaration du 22 juillet 1712. ».

VII. C'est une question, dans les pays où l'on ne peut acquérir de droit réel sans nantissement, si le défaut d'enregistrement d'un fidéicommis peut être opposé par un créancier ou un tiers-acquéreur dont les titres n'ont pas été réalisés, soit par saisine, soit par mise de fait, soit par toute autre formalité équipollente.

M. Hony, conseiller-clerc au grand conseil de Malines, rapporte un arrêt du 3 mars 1732 (1), qui a jugé pour la négative; et il retrace fort au long toutes les raisons qu'on employait pour l'une et l'autre opinion.

Il en avait été rendu un semblable au parlement de Douai, le 31 juillet 1690. Il est rapporté par Pollet, page 367.

ART. V. *Loi particulière au pays de Liége.*

Le mandement du prince-évêque de Liége Maximilien Henri, du 12 mars 1686, publié au perron de Liége, le 6 avril suivant, en présence des *échevins de la haute et souveraine justice* du pays, nous offre, sur la publicité des Substitutions fidéicommissaires, les dispositions suivantes :

« Art. 32. Désirant de prévenir quantité de procédures sur l'existence, valeur ou nonvaleur des fidéicommis non insinués devant justice compétente, ordonnons qu'aucun fidéicommis temporel ou perpétuel, à titre même de majorat, n'aura lieu à l'exclusion des créanciers, lesquels auront contracté avec les héritiers fiduciaires et leurs successeurs, de quelle qualité et condition ils soient, et acquis droits d'hypothèques sur les biens fidéicommissés de quelle nature ils puissent être, qui seront préférables à tous prétendans à titre de fidéicommis, vu que n'étant publiés, ils ne doivent et peuvent produire aucun effet exclusif de la bonne foi et droit des gens.

» 33. Et pour d'autant mieux les conserver, et le bon droit d'un chacun, voulons que tous testamens, convenances de mariage et tous autres contrats par lesquels aucuns biens en cettui nos pays de Liége, duché de Bouillon, comté de Looz, et autres terres, leurs annexes et dépendances, seraient affectés de fidéicommis, soient désormais insinués et registrés au greffe de nos États en notre cité, en un volume à ce uniquement destiné, pour que nos fidèles sujets et tous intéressés ayant besoin de cette connaissance, ne soient nécessités d'aller à plusieurs greffes et de visiter plusieurs registres à grands frais.....

(1) Le recueil d'arrêts de ce magistrat est imprimé à la suite de celui de M. de Coloma; et l'arrêt dont nous parlons, se trouve tome 2, page 247.

» 35. Que, si aucun d'iceux ont, de bonne foi, procuré la registration de leur fidéicommis aux greffes de justices ordinaires, ils en devront demander l'extrait et simple notule de la justice ou greffe du lieu, auquel l'insinuation en a été faite, laquelle leur devra être accordée incessamment, parmi les droits d'une simple copie, pour la reproduire et faire registrer dans un registre particulier aux fiefs audit greffe de nos États, à l'effet dessus dit, que tous fidéicommis se puissent voir à un même greffe.

» 36. Et cette insinuation se devra faire, au plus tard en un an de la publication des présentes, quant aux fidéicommis ci-devant établis, et quant à ceux qui viendront à s'établir, d'abord après leur constitution, à peine qu'ils n'auront force que du jour de leur insinuation, et qu'ainsi, ceux qui auront entre temps contracté avec les possesseurs des biens fidéicommissés, seront préférables à tous ceux appelés auxdits biens par les fidéicommis ».

[[ART. VI. *Lois particulières au ci-devant Piémont, et à la Savoie.*

V. l'article *Primogéniture*, §. 1.

ART. VII. *Législation actuelle de la France.*

On a vu, au mot *Majorat*, §. 6, quelles sont les mesures que prescrit le décret du 1er mars 1808, pour assurer la publicité des Substitutions créées en forme de majorat.

Voici celles que prend le Code civil, relativement aux Substitutions faites par les pères, les mères, les frères et les sœurs, et que la loi du 17 mai 1826 étend aux Substitutions faites par quelque donateur ou testateur que ce soit :

« Art. 1069. Les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques, savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation; et quant aux sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége.

» 1070. Le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition, pourra être opposé par les créanciers et tiers-acquéreurs, même aux mineurs ou interdits; sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à la Substitution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables.

» 1071. Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers-acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition, par d'autres voies que celles de la transcription.

» 1072. Les donataires, légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription ».]]

SECTION VIII. *Quels sont les clauses et les termes dont l'emploi est nécessaire ou suffisant pour établir une Substitution fidéicommissaire ?*

I. Dans le principe, on ne pouvait substituer que par des termes précaires; et c'est de là que la loi 16, C. *de pactis*, donne aux fidéicommis le nom de *Substitutions précaires*. Mais cette jurisprudence fut changée par la loi 2, C. *communia de legatis et fideicommissis*, suivant laquelle on peut indifféremment s'exprimer en termes de commandement, *jubeo*, ou de prière, *rogo*, ou de tous autres, quels qu'ils soient, pourvu qu'il en résulte une manifestation claire et précise de la volonté de substituer : *Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est.*

Peu importe même, en ce cas, que les termes soient impropres : dès que la volonté de substituer fidéicommissairement est sensible, on doit les entendre de manière à faire valoir le fidéicommis. Ainsi, dit la loi 114, §. 6, D. *de legatis* 1°, quoiqu'on ne puisse pas charger valablement quelqu'un de nommer un tiers son héritier, les mots *je vous prie de faire votre héritier un tel*, forment un fidéicommis; et (ajoute la loi 17, D. *ad senatusconsultum Trebellianum*) le grevé, en pareil cas, est bien tenu de rendre l'hérédité du testateur, mais non pas la sienne propre (1). *V.* ci-après, n° 7.

(1) Ces deux lois prouvent nettement le mal jugé d'un arrêt du parlement de Flandre, du 9 mars 1689, par lequel (dit Deghewiet, part. 2, tit. 4, §. 10, art. 8) il a été décidé, *à la pluralité des voix*, qu'il n'y avait point de fidéicommis, mais un simple réglement *ab intestat*, dans une clause portant *que les enfans seraient héritiers l'un de l'autre, en cas qu'ils vinssent à mourir sans enfans.*

D'après le même principe, lorsqu'une Substitution vulgaire ou pupillaire ne peut pas valoir comme telle, on présume que le testateur a employé par erreur des termes *directs* au lieu de termes *obliques*, et on la convertit en Substitution fidéicommissaire. Il y en a plusieurs exemples aux mots *Substitution directe*, §. 2.

Il en sera de même si un testateur dit: *J'institue un tel, et après qu'il aura recueilli ma succession, j'institue ses enfans.* Le mot *j'institue* est direct; cependant il formera une Substitution oblique ou fidéicommissaire au profit des enfans, parcequ'ici il n'est pas possible de lui donner une autre signification.

II. Mais, soit que les termes soient propres ou impropres, il faut, pour produire un véritable fidéicommis, qu'ils réunissent deux caractères principaux.

1° Il faut qu'ils soient *dispositifs;* une simple énonciation ne suffirait pas. Cette règle, établie et développée pour les institutions et les legs, aux mots *Institution d'héritier*, sect. 4, n° 9, a servi de motif à deux arrêts célèbres du parlement de Paris, des 19 avril 1767 et premier février 1768, rendus, l'un sur les conclusions de M. de Barentin, l'autre sur celles de M. Joly de Fleury.

Par le premier, il a été jugé que les sieurs Laussel n'étaient point appelés à une Substitution fidéicommissaire établie pour deux cas qui n'étaient point arrivés, quoique, par un codicille postérieur au testament qui la contenait, le testateur eût supposé qu'il n'y avait mis aucune réserve.

Par le second, il a été décidé, en faveur de la princesse de Raches et du vicomte de Berghes-Saint-Winock, contre le marquis d'Houchin, que celui-ci n'avait aucun droit à la Substitution renfermée dans le testament conjonctif de l'avant-dernier prince de Raches et de sa femme, en 1729, parcequ'en effet il n'y était point appelé, quoique les testateurs eussent énoncé le contraire dans plusieurs actes postérieurs.

De ces deux arrêts, il y en a un dont l'espèce est rapportée à l'article *Majorat*, §. 2: c'est le second.

A l'égard de l'autre, en voici les circonstances telles qu'elles sont rappelées par M. Dolot, dans le mémoire qu'il a publié en 1768, pour la princesse de Raches même, contre le marquis d'Houchin:

« Les exemples ne sont pas rares de ces espèces où un testateur ayant dit une chose par son testament, a supposé dans d'autres actes passés long-temps après, y avoir dit tout autre chose. On consulte alors l'acte dispositif, on le rapproche de l'acte énonciatif, et l'erreur de l'énonciation ne nuit point à la disposition de fait. C'est l'espèce surtout qui s'est présentée l'année dernière, dans le testament du frère de madame la présidente de Bandol.

» Dans cette espèce, le frère avait dit: *Je nomme et institue ma sœur, épouse de M. le président de Bandol, mon héritière universelle, avec pouvoir de nommer celui de ses enfans ou petits-enfans qu'elle voudra choisir, pour recueillir mon héredité après sa mort; et si ma sœur vient à décéder sans enfans ou petits-enfans,* OU SANS AVOIR FAIT AUCUNE NOMINATION DE SES ENFANS OU PETITS-ENFANS *pour recueillir ladite Substitution, après avoir été informée de ma mort et des dispositions de mon testament, j'appelle* EN CE CAS, *à ladite Substitution, les sieurs Laussel, ou l'aîné de leurs descendans.* Dans quel cas les sieurs Laussel étaient-ils donc appelés? Dans le cas où madame la présidente de Bandol *n'aurait pas fait la nomination de l'un de ses enfans ou de ses petits-enfans.* Dans le cas contraire où elle aurait nommé, il n'y avait pas de vocation pour les sieurs Laussel, puisque la vocation n'était que dans le cas où madame de Bandol n'aurait pas nommé. Cependant, quatre années après, le même testateur fait un codicille du 22 décembre 1751, dans lequel, oubliant les termes précis de son testament, il dit: *En cas que ma sœur, ses enfans ou petits-enfans meurent sans postérité, ou que mon bien sorte de ma postérité, pour passer à la Substitution de mes parens paternels collatéraux* (les sieurs Laussel), *je veux alors qu'il soit distrait de ma succession la somme de* 30,000 *livres, et que cette somme passe au président de Claris.* Il semble ici que, dans le cas où madame de Bandol aurait des enfans, et ferait son choix en faveur de l'un, néanmoins l'enfant nommé, s'il mourait sans enfans, était grevé envers les héritiers collatéraux du testateur. Il paraît même, dans son codicille, entendre et expliquer ainsi son testament. Aussi les sieurs Laussel prétendirent-ils que le marquis de Bandol fils, nommé par sa mère, était grevé envers eux. Le marquis de Bandol leur opposait le texte du testament. Les sieurs Laussel opposaient l'interprétation du codicille, ouvrage de la même personne, acte légal, par lequel le testateur aurait pu interpréter, changer, ou ajouter formellement aux dispositions testamentaires.

» L'arrêt de l'année dernière, intervenu sur les conclusions de M. de Barentin, c'est-

à-dire, sur les vrais principes, a décidé que le testament n'étant dispositif de Substitution que pour le défaut de nomination de madame de Bandol, et madame de Bandol ayant nommé, l'énonciation du codicille n'était qu'une erreur de fait, qui, en droit, ne pouvait pas suppléer par voie d'interprétation ».

III. 2° Une autre condition essentielle pour établir un fidéicommis, est que les termes dont on se sert pour l'exprimer, emportent *l'ordre successif ou le trait de temps*, c'est-à-dire, qu'ils n'appellent le substitué qu'en second ordre, et après que l'institué ou donataire immédiat aura recueilli.

Ainsi, le testateur qui dit, *j'institue un tel et ses enfans*, ne fait point de Substitution fidéicommissaire, parcequ'il n'y a rien dans sa manière de parler qui indique un ordre successif; tout y annonce, au contraire, ou qu'il appelle le père et les enfans ensemble, comme nous l'avons prouvé à l'article *Institution d'Héritier*, sect. 6, n° 8, ou (suivant l'opinion de quelques auteurs, adoptée par deux arrêts du parlement d'Aix, du 7 mars 1643 et du mois de mai 1683, rapportés dans le recueil de Boniface, tome 5, liv. 2), qu'il substitue vulgairement les enfans au père.

Mais si je dis, *j'institue un tel, et après lui ses enfans*, il y aura fidéicommis, parceque les enfans sont appelés pour recueillir *après* leur père, et non pas concurremment avec lui.

Il en sera de même si je dis, *j'institue un tel et ses héritiers*; car le mot *héritier* désigne une qualité qui ne peut avoir lieu qu'après la mort de l'institué; et, par conséquent, il emporte vraiment l'ordre successif.

Mais si j'instituais quelqu'un *pour lui, ses héritiers et ayant-cause*, ces termes uniquement relatifs, par eux-mêmes, à la transmission qui a lieu de droit au profit des héritiers ou successeurs, ne pourraient pas caractériser un fidéicommis, et ne seraient considérés que comme de pur style. C'est ainsi que l'a jugé un arrêt du grand conseil de Malines, du mois de mai 1609, rapporté par Dufief, page 179.

Mais si, à ces mêmes termes, se trouvait jointe une qualification particulière, qui intervertît l'ordre des successions légitimes, il y aurait fidéicommis. Tel serait le cas d'une disposition ainsi conçue : *J'institue un tel*, ou *je donne à un tel, pour lui et ses hoirs* MALES. Il y a dans le recueil de Stockmans, §. 30, un arrêt du conseil de Brabant, du mois d'octobre 1658, qui l'a ainsi jugé.

Il en serait de même de toute autre désignation particulière qui, sans produire nécessairement une pareille interversion, emporterait toujours le *trait de temps*. Par exemple, *je donne à un tel et à ses enfans à naître* : dans ce cas, le père est saisi par la donation, mais les enfans ne peuvent pas l'être, puisqu'ils n'existent pas : il n'y a donc pas de vocation simultanée, mais ordre successif, et par conséquent fidéicommis.

[[Il en serait de même encore, si, au lieu de dire, *je donne à un tel* ET *à ses enfans à naître*, je disais, *je donne à un tel* OU *à ses enfans à naître*; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 17 messidor an 11, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 3.

Au surplus. *V.* l'article *Conjonctive*.]]

IV. Le mot *je substitue* emporte-t-il par lui-même le trait de temps, ou, en d'autres termes, peut-il former seul une Substitution fidéicommissaire?

Il n'y avait, dans le droit romain, aucun doute sur la négative; mais il en doit être autrement dans nos mœurs. Chez les Romains, l'expression *je substitue* n'était presque jamais employée pour établir un fidéicommis: et, dans le petit nombre de lois où elle est prise en ce sens, elle est accompagnée de termes accessoires qui empêchent de l'entendre différemment (1). Mais parmi nous, le mot *je substitue* est commun à la Substitution directe et au fidéicommis; il est même plus en usage que tout autre terme, pour exprimer ce dernier genre de disposition, et il forme réellement une Substitution compendieuse. *V.* l'article *Substitution directe*, §. 1 et 5.

V. Ce que nous disons du mot *je substitue*, il semble qu'on doit également le dire des termes, *je mets à la place*; car, qu'est-ce que substituer, si ce n'est mettre une personne à la place d'une autre? Ces termes peuvent donc convenir à la Substitution fidéicommissaire; et, dans le fait, ils sont employés en ce sens par la loi 2, D. *ad Trebellianum*, et par l'art. 27 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747.

Cependant Thévenot tient « qu'ils ne produiraient la fidéicommissaire, qu'autant » qu'ils seraient joints à des termes emportant *trait de temps*, comme si l'on disait, » *j'institue un tel, et à son décès je mets un*

(1) *V.* Ricard, *traité des Substitutions*, chap. 6, nos 263 et 264; la loi 87, §. 2, D. *de legatis* 2°; la loi 76, D. *ad Trebellianum*; la loi 3, §. 2, C. *communia de legatis*, et la loi 16, C. *de pactis*.

» *tel à sa place ;* car (ajoute ce jurisconsulte), » si nous avons attaché le droit de trait de » temps à notre mot habituel *je substitue,* on » ne peut pas en dire autant des mots *je mets* » *à la place ;* et dans le doute, la charge de » fidéicommis ne doit point s'admettre ».

Les termes, *en cas de décès,* ont-ils, en cette matière, le même effet que ceux *à son décès,* c'est-à-dire, rendent-ils fidéicommissaire la Substitution à laquelle ils se rapportent?

Il semblerait qu'il y eût entre les uns et les autres une certaine différence. Quand je dis, *j'institue un tel, et à son décès je mets un tel à sa place,* je suppose visiblement que l'institué recueillera ma succession, et en jouira jusqu'à sa mort. Mais en disant, *j'institue un tel, et en cas de décès, je mets un tel à sa place,* il semble que je ne prévois qu'un seul cas, celui où l'institué viendrait à mourir sans profiter de mon institution ; et si cela est, point de *trait de temps,* ni, par conséquent, de Substitution fidéicommissaire. C'est en effet ce qui a été jugé dans une affaire célèbre.

La marquise de Pompadour fait son testament le 15 novembre 1757 : après différens legs particuliers, elle s'exprime ainsi : « Quant » au surplus de mes biens meubles et im- » meubles, de quelque nature et en quelque » lieu qu'ils soient situés, je les donne et lè- » gue à M. le marquis de Marigny, mon » frère, que je fais et institue mon légataire » universel, *et en cas de décès de mon frère* » *sans enfans, je mets en son lieu et place* » M. Poisson de Malvoisin, maréchal-des-logis » de l'armée, et ses enfans ».

Peu de temps après, la marquise de Pompadour achète le marquisat-pairie de Menars ; et le 30 mars 1761, elle fait un codicille en ces termes : « Je substitue à Abel » François Poisson, mon frère, marquis de » Marigny, ma terre du marquisat-pairie de » Menars, et à ses enfans et petits-enfans » mâles, et toujours à l'aîné ; s'il n'a que des » filles, la Substitution n'aura pas lieu, et la » terre sera partagée entre elles : *et en cas* » *de mort de mon frère sans aucune posté-* » *rité, je mets en son lieu et place, et aux* » *mêmes conditions,* M. Poisson de Malvoi- » sin, actuellement chef de brigade des cara- » biniers ».

La marquise de Pompadour meurt le 16 avril 1764 : lecture faite du testament et du codicille, le marquis de Marigny paraît satisfait des dispositions favorables au sieur de Malvoisin ; dès le lendemain, il donne à un procureur au châtelet une procuration spéciale, à l'effet de faire nommer un tuteur aux Substitutions portées aux testament et codicille de la marquise de Pompadour. Le surlendemain, 18 avril, sentence qui nomme le sieur Binet.

Le marquis de Marigny ne persiste pas long-temps dans le parti qu'il a pris : le 14 juillet suivant, il interjette appel de la sentence dont on vient de parler. Le tuteur à la Substitution et le sieur de Malvoisin, au lieu de le soutenir non-recevable, passent un arrêt qui, du consentement de toutes les parties, convertit l'appel en opposition, et les renvoie devant les premiers juges.

Le 30 mars 1765, sentence du châtelet, qui, après une plaidoirie de cinq audiences et un délibéré sur-le-champ, « reçoit le mar- » quis de Marigny opposant à la sentence du » 18 avril 1764, en ce que les tuteurs ont été » indéfiniment qualifiés tuteurs aux Substi- » tutions portées aux testament et codicille de » la marquise de Pompadour : ordonne que » les biens compris au legs universel, appar- » tiendront librement au marquis de Marig- » ny, sans aucune charge que celle de la » Substitution de Menars, au profit de ses » enfans et petits-enfans ».

Appel de la sentence, de la part du sieur de Malvoisin et du tuteur. La cause portée à l'audience des mercredis, arrêt du 20 juillet 1765, qui l'appointe au conseil ; et, après une instruction par écrit, arrêt du 2 juillet 1766 qui confirme la sentence et condamne le sieur de Malvoisin aux dépens.

Cet arrêt juge, comme l'on voit, que ni le sieur de Malvoisin ni ses enfans n'étaient substitués fidéicommissairement, quoique la testatrice les eût mis *à la place* de son légataire universel, *en cas de décès* de celui-ci *sans postérité.*

Mais cette décision est-elle exacte? Est-il bien vrai que les termes, *en cas de décès,* joints à ceux-ci, *je mets à la place,* ne marquent pas le *trait de temps?* Ne peut-on pas aussi bien référer au cas de décès après avoir recueilli, qu'au cas de décès sans avoir recueilli, la condition éventuelle qu'ils expriment?

Thévenot le pense ainsi, chap. 23, §. 4 : « Le substituant (ce sont ses termes) n'ayant » pas dit, en *cas de mort sans avoir recueilli,* » et n'ayant pas dit non plus, *en cas de mort* » *après avoir recueilli,* on ne peut pas limi- » ter sa disposition à l'un des deux cas ».

Qu'importe que l'arrêt du 2 juillet 1766 soit contraire à cette doctrine? Le sort qu'il a eu, prouve même qu'elle doit être préférée à la décision qu'il contient.

En effet, le marquis de Marigny étant mort sans enfans en mai 1781, le sieur de Malvoisin prit, au nom de son fils mineur, né depuis cet arrêt, des lettres de requête civile dont il demanda l'entérinement. D'un autre côté, sa fille mariée au comte de la Galissonière, qui, quoique née avant l'arrêt, n'avait pas néanmoins été mise en cause, s'y rendit tierce-opposante, et demanda l'envoi en possession des biens compris dans la Substitution.

La requête civile était fondée sur un moyen de forme dont il sera parlé ci-après, sect. 11, §. 5.

Quant à la tierce-opposition de la comtesse de la Galissonière, c'était du fond même qu'étaient tirés les moyens qui l'appuyaient.

« Les termes de la disposition de la marquise de Pompadour sont clairs (disait M. Target, son défenseur) : dans quel cas la Substitution qu'elle établit au profit du sieur de Malvoisin et ses enfans, doit-elle avoir lieu? Dans celui de la mort du marquis de Marigny, son frère, sans enfans. Cette Substitution est compendieuse, c'est-à-dire, vulgaire et fidéicommissaire en même temps : vulgaire, dans le cas où le marquis de Marigny serait mort sans enfans avant la dame de Pompadour; et fidéicommissaire, dans celui qui est arrivé, où le marquis de Marigny, survivant la dame de Pompadour, mourrait sans enfans.

» Le système du marquis de Marigny en 1765, était, comme celui de ses héritiers actuels, de prétendre qu'il n'avait pas été grevé de Substitution au profit de la famille de Malvoisin; que la dame de Pompadour n'avait appelé le sieur de Malvoisin et ses enfans, ne les avait mis *au lieu et place du marquis de Marigny*, que dans le cas où *il mourrait avant elle* sans enfans; que son vœu était de faire son frère légataire universel pur et simple, et qu'elle ne s'était occupée que du soin d'avoir un autre légataire universel, en cas que son frère mourût avant *elle*.

» On fondait ce système sur la nécessité où l'on était de supposer dans la disposition de la dame de Pompadour, ces mots, *avant moi*, comme ajoutés à ceux-ci, *en cas de décès de mon frère sans enfans*. Mais il n'est pas permis d'ajouter ainsi aux dispositions des testateurs; et celle de la marquise de Pompadour, claire et absolue par elle-même, n'a besoin d'aucune interprétation forcée.

» Le cas de la mort du marquis de Marigny sans enfans, est la seule condition de la vocation de la famille de Malvoisin. Dans quelque temps et quelque circonstance que la condition arrive, le droit est assuré. La condition prévue vient d'arriver; la famille de Malvoisin ne peut donc pas être privée des avantages que la dame de Pompadour a voulu lui assurer ».

Telles ont été les raisons de la comtesse de La Galissonière. M. l'avocat-général d'Agueseau les a entièrement adoptées par ses conclusions; et, après un délibéré sur-le-champ, il est intervenu, conformément à son avis, un arrêt du 21 mars 1782, qui « reçoit les » intervenans parties intervenantes; en tant » que touche la demande en entérinement » de lettres de requête civile obtenues au » nom du mineur de Malvoisin, contre l'arrêt » du 2 juillet 1766, entérine lesdites lettres, » et remet à son égard les parties au même » et semblable état qu'elles étaient avant l'ar- » rêt; en tant que touche la tierce-opposi- » tion au même arrêt, formée par la com- » tesse de la Galissonière, la reçoit tierce- » opposante audit arrêt; ce faisant, ensemble » sur la demande en ouverture de Substitu- » tion portée au testament de la dame mar- » quise de Pompadour, ouverte à son profit » en ce qui la concerne, l'envoie dès à pré- » sent en possession des biens meubles et » immeubles qui composaient ladite Substi- » tution, selon l'état et inventaire fait après » le décès de la dame marquise de Pompa- » dour; ordonne la restitution des fruits et » jouissances depuis l'époque de la mort du » marquis de Marigny; condamne la veuve » et héritiers du marquis de Marigny aux » dépens ».

Il est jugé bien clairement par cet arrêt, que les termes, *je mets à la place*, forment un fidéicommis lorsqu'ils sont joints à ceux, *en cas de décès*.

Mais nous l'avons déjà dit, s'ils étaient isolés, ils n'auraient pas le même effet, parce qu'alors ils n'emporteraient plus le *trait de temps*.

Il y a un arrêt du conseil souverain de Brabant, du 17 mars 1706, qui juge quelque chose d'analogue à ce que nous avançons. Un testateur s'était exprimé en ces termes : « Je » laisse tous mes biens à Titius, *et à son dé-* » *faut*, à Caïus, les instituant mes héritiers ». Titius avait recueilli, et était décédé laissant plusieurs héritiers. Caïus prétendit qu'il lui était substitué fidéicommissairement; mais on jugea qu'il n'y avait en sa faveur qu'une Substitution vulgaire, éteinte par l'adition de Titus. L'arrêt est rapporté par le président Winantz, §. 160.

V. *bis*. La simple prohibition d'aliéner emporte-t-elle fidéicommis?

La loi 114, §. 14, D. *de legatis* 1°, et la loi 38,

§. 4, D. *de legatis* 3°, décident que non, parceque, disent-elles, cette prohibition ne forme qu'un *précepte nu* qui ne lie point et ne donne action à personne.

Mais, suivant le §. 1 de la seconde des lois citées, et la loi 69, §. 3, D. *de legatis* 2°, il y a fidéicommis quand le testateur a défendu d'aliéner hors de son agnation ou de sa famille, parcequ'alors il y a désignation suffisante de la personne en faveur de qui cette défense a été faite.

La raison veut sans doute qu'on applique à la défense de tester, les mêmes principes qu'à la prohibition d'aliéner, et conséquemment qu'on n'en fasse résulter de fidéicommis que dans le cas où il se trouve quelque indication d'une personne substituée.

Cependant il y a une loi qui semble décider en général que la défense de tester emporte une Substitution fidéicommissaire. C'est la 74e, D. *ad Trebellianum*, « Un particulier (dit-» elle) qui avait un fils et une fille, a fait » son testament, et s'est ainsi expliqué sur » sa fille : *Je vous ordonne de ne point tes-» ter, tant que vous n'aurez point d'enfans.* » L'empereur a décidé que cette disposition » valait fidéicommis, comme si le défunt, en » défendant à sa fille de tester, lui eût enjoint » de nommer son frère pour son héritier ».

Mais, comme le remarquent les meilleurs interprètes, deux circonstances particulières ont motivé cette décision. 1° La prohibition de tester n'était pas pure et simple : le testateur avait défendu à sa fille de tester *jusqu'à ce qu'elle eût des enfans;* et cela indiquait assez qu'en faisant cette prohibition, il avait eu en vue son fils, frère et co-héritier de sa fille, et avait pensé à le faire succéder aux biens que celle-ci recueillis, en cas qu'elle n'eût pas d'enfans. 2° Le testateur avait institué son fils et sa fille *conjointement;* du moins on doit le supposer d'après les termes de la loi; ainsi, le fils se trouvait nommé dans le testament même qui contenait la défense de tester.

VI. Le simple conseil adressé à l'héritier de ne pas disposer des biens qu'on lui laisse, forme-t-il un fidéicommis?

La loi 77, §. 24, D. *de legatis* 2°, décide que non, et cela dans l'espèce d'un testament qui contenait cette clause : « Je conseille à » ma fille, par le soin que j'ai de sa conser-» vation, de ne pas faire de testament jusqu'à » ce qu'elle ait des enfans : par là ses jours » seront en sûreté ».

VII. La recommandation que le testateur fait à son héritier d'une personne, n'est pas pour celle-ci un titre qui l'autorise à se croire substituée à l'héritier même. Le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé par un arrêt du mois de mars 1646, rapporté dans le recueil d'Albert, lettre T, chap. 37 (1). Car, dit la loi 11, §. 2, D. *de legatis* 3°, autre chose est, pour un testateur, de recommander une personne, autre chose de témoigner à ses successeurs qu'il les charge de lui remettre tous ses biens.

Mais si la recommandation ne tombait pas directement sur la personne, et avait un objet réel, par exemple, si je disais : *Je recommande à mon héritier de rendre mes biens à un tel,* en ce cas il y aurait fidéicommis, parceque le mot, *je recommande,* employé de cette manière, équivaut au *mando* des Romains, terme qui, dans une foule de lois, exprime une Substitution fidéicommissaire.

Il y aurait également fidéicommis, si le testateur se bornait à dire : *Je souhaite, je désire que mon héritier rende mes biens à un tel.* C'est ce que portent les lois 115 et 118, D. *de legatis* 1°.

Ces mêmes textes et la loi 67, §. 10, D. *de legatis* 2°, vont plus loin encore; ils décident qu'il suffit de ces mots : « Je crois, ou je sais » que vous rendrez, ou je ne doute pas que » vous ne rendiez mes biens à un tel ».

Il y a, dans le *Journal des Audiences*, un arrêt du parlement de Paris, du 26 février 1715, qui juge que « la prière faite par un tes-» tateur au légataire, de vouloir conserver son » legs à une autre personne, forme un fidéi-» commis ».

[[Mais un arrêt qui aujourd'hui jugerait le contraire, sera-t-il, de ce chef, sujet à la cassation?

Le 12 vendémiaire an 14, Jean-Baptiste Biourge, domicilié à Fontenay-l'Évêque, département de Jemmapes, fait un testament dans lequel se trouvent des dispositions ainsi conçues :

(1) Le même auteur fait mention d'un autre arrêt du 18 mai 1646, qui a jugé le contraire dans cette espèce : « Raynaud, par son testament, fit sa femme » héritière absolue, pour disposer des biens à ses plai-» sir et volonté : et ayant légué 2,000 livres, à son fils » et 2,000 à sa fille, il avait ajouté qu'il lui recom-» mandait ses enfans. Il faut remarquer que cette » femme, qui s'appelait Tarabuste, avait des en-» fans d'un premier lit ».

On devine aisément que cette dernière circonstance influa beaucoup sur l'arrêt. Mais on ne pourrait plus juger de même aujourd'hui. L'esprit de conjecture, qui dominait souverainement à Toulouse avant l'ordonnance de 1747, est changé par le préambule de cette loi.

« Art. 3. J'institue pour mon héritière mobilière et immobilière, rentes, crédits, actions, et tout ce qui est réputé comme tel, Michelle-Martine Delrue, mon épouse, voulant qu'au moment de mon décès, elle en soit maîtresse absolue, pour par elle en jouir et disposer à sa volonté; car telle est mon intention, en témoignage de notre chère et bonne amitié.

» Art. 7. Je prie madite héritière universelle de disposer en faveur de Nicolas Delrue, mon beau-frère, résidant à Mons, de la moitié de tous les immeubles ici par moi disposés; et en cas que ledit Nicolas Delrue viendrait à mourir avant madite héritière universelle, je la prie également d'en disposer en faveur de ses enfans, pour en jouir cependant après sa mort seulement ».

Après la mort du testateur, Antoine-Nicolas et Timothée Biourge, ses frères, se fondant sur l'art. 896 du Code civil, demandent que l'institution soit déclarée nulle, quant à la moitié des immeubles pour laquelle, disent-ils, elle est grevée de Substitution au profit de Nicolas Delrue.

Le 12 novembre 1806, jugement du tribunal de première instance de Charleroi, qui la déclare valable pour le tout.

Appel.

Par arrêt du 4 avril 1807,

« Attendu que, par l'art. 3 de son testament, J. B. Biourge a institué son épouse héritière universelle, avec pouvoir absolu de jouir et disposer de sa succession; que la disposition de l'art. 7 n'est pas conçue en termes impératifs et ne confère aucun droit à celui en faveur duquel l'héritière instituée est priée de disposer;

» Que, dans la supposition que cette disposition, prise isolément, pût offrir l'idée d'une Substitution, elle serait, en l'interprétant sur ce pied, en contradiction manifeste avec l'intention exprimée par le testateur dans l'art. 3, de laisser à son héritière la disposition libre et absolue de tous ses biens;

» Qu'il résulte de ce qui précède, que cette clause ne contenant point la chage de conserver et de rendre, n'a point restreint le droit illimité de propriété assuré par l'art. 3 à l'épouse du testateur, et ne renferme par conséquent pas de Substitution, aux termes de l'art. 896 du Code civil;

» La cour (d'appel de Bruxelles) met l'appellation au néant, avec amende et dépens ».

Les sieurs Biourge se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et le dénoncent comme contraire à l'art. 896 du Code civil.

« Si l'arrêt qui vous est dénoncé (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 5 janvier 1809) reconnaissait qu'il y a Substitution dans le testament de Jean-Baptiste Biourge, et que néanmoins il maintînt dans son entier effet l'institution qui s'en trouverait grevée, nul doute qu'il ne contrevînt formellement à l'article dont il s'agit, et que par suite il ne dût être cassé.

» Mais ce n'est point là ce que juge cet arrêt. Il reconnaît au contraire, en point de droit, que l'institution portée au testament de Jean-Baptiste Biourge, devrait, d'après cet article, être annulée, au moins quant à la moitié des immeubles compris dans l'hérédité, si elle était grevée, quant à cette partie, d'une Substitution fidéicommissaire; et il ne maintient l'institution, il n'en ordonne l'exécution intégrale, que parcequ'il décide que Jean-Baptiste Biourge, en priant son héritière instituée de disposer à sa mort de la moitié de ses immeubles en faveur de Nicolas Delrue, ne l'a point grevée d'une Substitution proprement dite.

» La question n'est donc pas de savoir si l'arrêt attaqué viole *directement* l'art. 896 du Code civil (la négative à cet égard est évidente, elle est même avouée), mais de savoir s'il ne le viole pas *indirectement*, si, tout en paraissant le respecter, il ne lui porte pas une atteinte réelle.

» Cette question est subordonnée à une autre beaucoup plus générale, et qui est d'autant plus importante qu'elle est de nature à se présenter fréquemment : c'est celle de savoir si un arrêt est sujet à cassation, par cela seul que, pour éluder une loi, il porte une décision erronnée sur le point duquel dépend son application.

» Pour établir qu'un pareil arrêt est sujet à cassation ni plus ni moins que s'il jugeait directement contre la loi, on peut invoquer un texte célèbre du droit romain : *contrà legem facit, qui id facit quod lex prohibet; in fraudem verò, qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit.* Ce sont les terde la loi 29, D. *de legibus.*

» Cependant il y a une distinction à faire, et nous en trouvons le principe dans la loi 1, §. 2, D. *quæ sententiæ sine appellatione rescindantur.*

» Cette loi commence par établir que les jugemens rendus contre les ordonnances du souverain, sont nuls de plein droit; qu'il n'est pas nécessaire d'en appeler; et que l'on peut, en excipant de leur nullité de ce chef, faire juger de nouveau les procès sur lesquel ils ont prononcé : *item cùm contrà sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas*

remittitur; disposition qui n'est pas reçue littéralement dans nos mœurs, mais dont nous avons conservé l'esprit, en ce que, parmi nous, le recours en cassation dans un certain délai est substitué à l'exception de nullité qui, chez les Romains, pouvait être proposée en tout temps.

» La loi demande ensuite ce qu'on doit entendre par juger contre les ordonnances du souverain; et elle répond qu'il y a violation des ordonnances du souverain, lorsque le juge a erré en prononçant, non sur l'application de l'ordonnance à la partie plaidante, mais sur la disposition de l'ordonnance elle-même : *contrà constitutiones autem judicatur, cùm de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciatur.* Et elle en donne cet exemple. Un particulier nommé à une tutelle ou à toute autre charge publique, s'en excuse à raison, soit du nombre de ses enfans, soit de son âge, soit d'un privilége quelconque; si le juge décide que ni le nombre d'enfans, ni l'âge, ni le privilége allégués n'affranchissent de cette charge, il prononce sur la loi; et si, dans ce cas il y a erreur dans sa décision, le jugement est nul; ce qui, appliqué à nos usages, signifie qu'il y a contre le jugement ouverture à la cassation. Mais si le juge se borne à déclarer que le réclamant n'a pas, soit le nombre d'enfans, soit l'âge, soit le privilége, qui emportent affranchissement de la charge publique, il ne prononce que sur le droit de la partie; et alors le jugement peut être réformé par la voie d'appel, mais il n'est pas nul. *Nam si judex volenti se, ex curâ muneris vel tutelæ, beneficio liberorum vel ætatis aut privilegii, excusare, dixerit neque filios, neque ætatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelæ excusationem prodesse, de jure constitutionis pronunciâsse intelligitur. Quòd si de jure suo probantem admiserit, sed idcircò contrà eum sententiam dixerit, quòd negaverit eum de suâ ætate aut de numero liberorum probâsse, de jure litigatoris pronunciâsse intelligitur : quo casu appellatio necessaria est.*

» De là cette conséquence, qui est consacrée par une foule d'arrêts de la cour, que la cassation ne peut pas atteindre un jugement en dernier ressort qui, laissant intacte la disposition de la loi invoquée dans l'affaire sur laquelle il statue, ne fait que la déclarer inapplicable à cette affaire.

» Il y a pourtant à cet égard une sous-distinction bien essentielle : il peut arriver en effet, qu'en déclarant cette loi inapplicable à telle affaire, le jugement en dernier ressort ne prononce que sur un point de fait; mais il peut arriver aussi qu'il ne parvienne à détourner l'application de la loi à cette affaire, que par une erreur de droit.

» Au premier cas, point d'ouverture à cassation, parceque les questions de fait sont hors du cercle de votre compétence.

» Au second cas, il faut encore distinguer. Ou, en errant sur le droit, le jugement en dernier ressort a formellement violé, soit une disposition quelconque de la loi qu'il a déclarée inapplicable à l'espèce, soit la disposition de toute autre loi; ou il n'a offensé que des principes, à la vérité, généralement reconnus, mais non revêtus de la sanction du législateur.

» Dans la première hypothèse, la voie de la cassation est évidemment ouverte; car c'est précisément à réprimer *les contraventions expresses aux lois* que la cour de cassation est appelée par l'art. 65 de la constitution du 22 frimaire an 8.

» Dans la deuxième, il n'y a que mal jugé, et par conséquent nulle possibilité de casser le jugement qui a erré sur les principes.

» Maintenant, rien de plus facile que d'apprécier l'ouverture de cassation qui vous est proposée par les demandeurs.

» D'abord, en décidant qu'il n'y avait point de Substitution fidéicommissaire dans le testament de Jean-Baptiste Biourge, l'arrêt qui vous est dénoncé, n'a-t-il jugé qu'une question de fait, ou bien a-t-il prononcé sur une question de droit?

» On pourrait, sous un certain rapport, le considérer comme n'ayant jugé qu'une question de fait; car il n'y avait pas de contestation entre les parties sur les conditions requises, en thèse générale, pour former une Substitution fidéicommissaire : les parties étaient d'accord qu'il y a Substitution fidéicommissaire, toutes les fois qu'il y a libéralité avec charge de conserver et de rendre à un tiers gratifié en second ordre; elles n'étaient divisées que sur le point de savoir si, dans l'espèce, il y avait ou non *charge de conserver et de rendre* à Njcolas Delrue. Et ce point, qu'offrait-il autre chose qu'une question de volonté, c'est-à-dire, une question de fait, une question sur laquelle, notamment en matière de Substitution fidéicommissaire, les lois donnent une libre carrière à la conscience du juge. *Voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est*, dit la loi 7, C. *de fideicommissis.*

» Il est néanmoins des cas où une question de cette nature cesse d'être une question de fait, et prend place parmi les questions de droit : c'est lorsque les lois elles-mêmes ont pris le soin de décider que, dans le concours de telles circonstances, il y a ou n'y a pas

Substitution, et que le concours de ces circonstances a précisément lieu.

» Or, n'existe-t-il pas des dispositions législatives sur la question de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas Substitution, lorsque, comme dans notre espèce, un testateur, après avoir institué un héritier, le prie de conserver et de rendre à un tiers, soit la totalité, soit une partie de la succession ?

» Il en existait certainement avant le Code civil; et toutes établissaient que, dans ce cas, on ne pouvait méconnaître dans le testateur, la volonté de créer un fidéicommis.

» Ces lois étaient celles des Romains. Étrangères par elles-mêmes au pays dans lequel était domicilié Jean-Baptiste Biourge, elles y avaient été naturalisées par les lettres-patentes de Philippe II, roi d'Espagne, du 27 septembre 1564, approbatives de la coutume de Namur, dans le territoire de laquelle se trouvait la ville de Fontaine-l'Évêque; ces lettres-patentes voulaient textuellement que, dans le silence de la coutume, *le droit écrit commun* fût *observé et ensuivi.*

» Mais ces lois ont perdu toute leur autorité législative en France, du moment qu'y a été promulgué le Code civil : l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 est là-dessus très-formel.

» Ainsi, sur la question de savoir si, dans une disposition postérieure à la promulgation du Code civil, la *prière* de conserver et de rendre emporte encore fidéicommis, si, en disant *je prie*, le testateur est encore censé dire *je charge*, les tribunaux n'ont plus à consulter le droit romain comme *loi*, mais seulement comme *raison écrite.*

» Assurément ils feront bien, même en ne le considérant plus, en cette matière, que comme raison écrite, de le prendre encore pour régulateur de leurs jugemens. Car, on ne peut se le dissimuler, la Substitution fidéicommissaire nous étant venue des lois romaines, c'est d'après les lois romaines que sont naturellement portés à la définir, dans leur esprit, ceux qui, parmi nous, ignorant notre nouvelle législation, ou rebelles à son autorité, croient encore pouvoir substituer fidéicommissairement; c'est par conséquent dans les lois romaines qu'ils sont, dans le doute, présumés en avoir appris les formules; et par conséquent encore, rien de plus naturel que de les regarder comme ayant substitué fidéicommissairement, toutes les fois qu'ils ont employé l'une des formules par lesquelles les lois romaines avaient déclaré qu'on était censé le faire.

» Mais si, sans s'arrêter à ces considérations, un tribunal souverain juge que *prier* n'est pas *charger*, et qu'il n'y a pas Substitution là où le testateur n'a employé que la prière, dirons-nous qu'il a mal jugé ? Eh! qu'importe, sous le rapport de la cassation, qu'il ait mal jugé, dès qu'il n'a violé aucune loi positive ? Par cela seul qu'il est souverain, il a le droit de préférer sa propre raison à la raison écrite que lui offrent les lois romaines; et il n'y a en France aucune autorité qui soit investie du droit de juger, si, par cette préférence, il a fait un juste ou un injuste exercice de son pouvoir.

» Que ne pourrait-on pas dire d'ailleurs pour justifier un pareil jugement ?

» Pourquoi les lois romaines donnaient-elles, en matière de fidéicommis, un sens impératif aux mots, *je prie*, *je désire* ? Parcequ'un testateur qui rédige ses dernières dispositions, est censé n'y rien écrire d'inutile; parceque ses expressions doivent toujours être ramenées à l'interprétation la plus propre à leur donner les effets qui sont autorisés par la loi; parceque, sous une législation qui autorise les Substitutions fidéicommissaires, on doit bien plutôt supposer à un testateur qui prie, l'intention de faire une Substitution de ce genre, que l'intention de faire une disposition purement illusoire.

» Mais ces raisons ont-elles, peuvent-elles avoir parmi nous le même poids qu'elles avaient dans le droit romain ? Ne sont-elles pas au contraire neutralisées parmi nous, par ce grand principe que nous fournit le droit romain lui-même : dans le doute sur le sens d'une clause, l'interprétation qui tend à valider l'acte dont cette clause fait partie, doit être préférée à l'interprétation qui tendrait à le faire annuler. *Quoties in actionibus aut in exceptionibus, ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de quâ agitur magis valeat quàm pereat.* (Loi 12, D. *de rebus dubiis*).

» Quelle est en effet la conséquence de ce principe appliqué à la clause dont il s'agit dans notre espèce ? Il en résulte que cette clause, par cela seul qu'elle est ambiguë, doit être interprétée dans un sens tel qu'il n'en résulte pas une Substitution; car si elle renfermait une Substitution, elle vicierait l'institution d'héritier.

» A la vérité, en interprétant ainsi cette clause, on la rend absolument illusoire. Mais à côté de la règle qui veut que, dans le doute, un testateur soit censé n'avoir rien écrit d'inutile, il y en a une autre qui dit que, dans le doute, un testateur n'est pas censé avoir voulu faire ce que la loi lui défendait,

et encore moins ce qui aurait entraîné l'anéantissement de sa disposition principale. Or, dans le choc de ces deux règles, c'est sans contredit la première qui doit céder à la seconde, c'est sans contredit la seconde qui doit l'emporter sur la première.

» Si donc il est permis de douter que la cour d'appel de Bruxelles ait mal jugé, à combien plus forte raison devons-nous reconnaître qu'elle n'a violé aucune loi?

» Nous estimons en conséquence qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs, et de les condamner à l'amende ».

Par arrêt du 5 janvier 1809, au rapport de M. Aumont,

« Attendu qu'en examinant le testament de Jean-Baptiste Biourge, du 12 vendémiaire an 14, et en déclarant qu'il ne contenait aucune expression caractéristique d'une Substitution, la cour d'appel s'est renfermée dans l'interprétation de l'acte, et n'a violé aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi..... ».]]

VIII. Les stipulations de propre ou clauses de réalisation grèvent-elles de fidéicommis le donataire ou légataire à qui est faite la libéralité qu'elles affectent?

Dans l'exactitude des principes, il ne peut y avoir la moindre difficulté sur la négative; et indépendamment des autorités rappelées sous les mots *Entravestissement* et *Réalisation*, qui ne permettent pas de révoquer cette opinion en doute, elle a encore été consacrée par deux arrêts du grand conseil de Malines, des 18 mai 1619 et 31 mai 1623, rapportés dans le recueil de Dufief, page 93, et par un autre du parlement de Flandre, du 15 avril 1686, qu'on trouve dans les *Institutions* de Deghewiet *au Droit belgique*, part. 2, tit. 4, §. 10, art. 5.

Cependant Maillart, sur l'art. 74 de la coutume d'Artois, n° 149, dit que, « par » arrêt rendu à la cinquième (chambre des » enquêtes du parlement de Paris), au rap» port de M. Briçonnet, le 4 février 1701, il » a été jugé, dans la coutume d'Artois, que » condition, *tiendront côté et ligne*, » imposée à une somme de 3,000 livres » assignée pour partage par une mère à son » fils, dans son testament du 28 août 1624, » avait emporté fidéicommis au profit des » collatéraux de ce fils décédé sans enfans ».

Cet auteur conclud de là que, dans tous les actes de dernière volonté, la clause de côté et ligne emporte fidéicommis; mais nous avons peine à croire que l'arrêt ait consacré une pareille maxime, en point de droit commun. Le recueil de Cuvelier, conseiller au grand conseil de Malines, §. 129, nous en fournit un de ce tribunal, du 16 octobre 1518, qui jugea pareillement qu'en Artois, la clause de côté et ligne formait une Substitution; mais le magistrat qui le rapporte, a soin d'avertir qu'il fut rendu sur une enquête par turbes. Ainsi, tout ce qu'il prouve, c'est que l'usage d'Artois était alors tel; et sans doute cet usage a dû influer puissamment sur l'arrêt cité par Maillart, puisque la disposition testamentaire dont il s'agissait, n'était postérieure que de six ans à l'enquête par turbes qui l'avait constaté.

Brunel, *Observations sur le Droit coutumier*, chap. 5, n° 35, dit « qu'il se trouve au » greffe du conseil d'Artois, une enquête » faite par turbes, au mois de septembre » 1642, justifiant qu'en ladite province, la » clause apposée dans les contrats de ma» riage, *que les portemens des marians tien» dront à toujours le côté et ligne dont ils » procèdent*, n'induit aucune Substitution ».

Ainsi, dans un intervalle de vingt-quatre ans, les clauses *de côté et ligne* ont perdu, en Artois, la vertu de faire des Substitutions, qu'elles tenaient d'un usage irrégulier.

Si, à une clause de cette espèce, se trouvait jointe la condition *de porter le nom du disposant*, en résulterait-il un fidéicommis?

Deghewiet, à l'endroit cité, art. 6, rapporte un arrêt du parlement de Flandre, du 5 février 1681, qui a jugé pour l'affirmative.

IX. La clause de retour au profit du donateur, constitue-t-elle un fidéicommis?

Non, parcequ'on n'y trouve point *une charge de rendre à un tiers gratifié en second ordre*. On ne peut donc la considérer que comme une donation à temps; et c'est ainsi que la loi 2, C. *de donationibus quæ sub modo*, la caractérise.

Mais du moins ne produit-elle pas, contre les tiers-acquéreurs et les créanciers du donataire, le même effet qu'un fidéicommis véritable?

Voyez ce qu'on a dit sur ce point à l'article *Réversion*, et l'arrêt du 6 février 1778, rapporté ci-après, sect. 17, n° 4.

[[X. Y a-t-il fidéicommis, lorsque le retour est stipulé, non-seulement au profit du donateur, mais encore, et à son défaut, au profit de ses héritiers ou de ses descendans?

Il est certain que la vocation des héritiers ou descendans du donateur aux choses données, dans le cas où le donataire viendrait à mourir sans enfans, forme pour eux une libéralité en second ordre, dont le donataire

est chargé de leur conserver et rendre l'effet. Cette vocation constitue donc un véritable fidéicommis.

Et c'est par cette raison, combinée avec la prohibition que fait le Code civil des Substitutions fidéicommissaires, que l'art. 351 de ce Code, après avoir dit que « le donateur » pourra stipuler le droit de retour des objets » donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du » donataire et de ses descendans, ajoute, »: *Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur* SEUL. « Le retour (dit à ce sujet » M. Grenier, dans son *Traité des Donations et des testamens*, tome 1, page 205) » n'a d'efficacité que pour le donateur; à » l'égard de tout autre, il serait nul: il y » aurait une espèce de Substitution que la » loi prohibe ».

A plus forte raison y aurait-il Substitution fidéicommissaire, dans une clause de retour que le donateur aurait stipulée, non à son profit personnel, et à son défaut, au profit de ses héritiers ou descendans; mais au profit d'une personne désignée nommément.

Le 6 mai 1792, contrat de mariage entre François Blayac et la demoiselle Paithad. Louise Blayac, épouse du sieur Rouch, y intervient, et, du consentement de son mari, fait donation à François Blayac, futur époux, de tous ses biens présens et à venir, sous la réserve 1° de trois immeubles dont elle fait donation, par le même acte, à Antoine Royère, son cousin; 2° d'une pièce de terre nommée la *Taudine*, « pour pouvoir en dis» poser ainsi et de la manière qu'elle avisera, » en sorte que tant ladite pièce de la Tau» dine que celles données à Antoine Royère, » sont exceptées et ne font point partie de » la donation faite audit François Blayac; » 3° de l'usufruit de tous les biens donnés, » pendant sa vie et celle du sieur Rouch, » son mari ».

Le même jour, autre acte par lequel Louise Blayac fait donation au même Antoine Royère, de la pièce de la Taudine qu'elle vient de se réserver par le contrat de mariage de François Blayac. Elle se réserve l'usufruit de cet immeuble, « tant pour elle que pour son » mari, jusqu'au décès du survivant, de ma» nière qu'alors seulement Antoine Royère, » donataire, prendra la réelle possession et » jouissance de la susdite terre donnée, et » en jouira pendant sa vie; et au cas où le » donataire viendrait à décéder sans enfans, » audit cas seulement, ladite Blayac, dona» trice, veut et entend que la susdite pièce » de terre appartienne en propriété audit » François Blayac, son donataire universel ».

Quelques années après, Antoine Royère meurt en effet sans enfans.

Le sieur Blayac, donataire, se pourvoit contre sa veuve et ses héritiers, pour les faire condamner, en vertu de la clause de retour stipulée par la seconde donation du 6 mai 1772, à lui délaisser la pièce de terre de la Taudine.

La veuve et les héritiers d'Antoine Royère répondent que cette prétendue clause de retour est un véritable fidéicommis; que la loi du 14 novembre 1792 l'a rendue sans effet, en abolissant les Substitutions; qu'ainsi, Antoine Royère était devenu, avant sa mort, par l'autorité de cette loi, propriétaire incommutable.

Le 6 juillet 1809, jugement du tribunal de première instance de Béziers, qui déboute le sieur Blayac,

« Attendu 1° que la pièce de terre de la Taudine a été exceptée de la donation universelle faite à François Blayac, et que celui-ci ne peut exciper de l'art. 18 de l'ordonnance de 1731, pour la revendiquer;

» 2° Que la clause de la donation particulière du 6 mai 1792, contient, non une condition résolutoire, mais une véritable Substitution fidéicommissaire au profit de François Blayac; que la loi du 14 novembre 1792 ayant aboli les Substitutions, Antoine Royère avait acquis la pleine disponibilité de la chose donnée, soit qu'il prédécédât le donataire, en laissant des enfans, soit qu'il décédât sans enfans;

» 3° Que Louise Blayac, donatrice, n'a pas stipulé le droit de retour conventionnel; que la clause par laquelle elle avait voulu que la pièce de la Taudine appartînt à son donataire universel, François Blayac, au cas du décès d'Antoine Royère sans enfans, ne pouvait être assimilée à un droit de retour ».

Le sieur Blayac appelle de ce jugement; et le 28 mai 1810, arrêt de la cour de Montpellier, qui lui donne gain de cause,

« Attendu qu'un droit de retour, bien différent sans doute d'une Substitution, et non aboli par la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, a pu être stipulé, en termes exprès ou équipollens, par Louise Blayac, épouse de Jean-Louis Rouch, dans la donation par elle faite le 6 mai 1792, à Antoine Royère, soit pour elle-même, soit en faveur de François Blayac, son donataire universel, par autre acte du même jour;

» Attendu, en point de fait, que les termes

de la donation portant qu'au cas seulement où Antoine Royère viendrait à décéder sans enfans, elle voulait et entendait que la pièce de terre donnée appartînt à François Blayac, son donataire universel, présentent bien plus l'idée d'un droit de retour stipulé en faveur dudit François Blayac, que d'une Substitution fidéicommissaire abolie par la loi susénoncée, avec d'autant plus de raison que la Substitution qui n'aurait pas produit plus d'effet, aurait soumis le grevé à plusieurs formalités dont il ne s'est nullement occupé; et que, d'autre part, la donatrice l'a entendu elle-même dans ce sens, puisqu'elle a exercé contre la veuve et les héritiers d'Antoine Royère prédécédé sans enfans, une action en démolition des prétendues constructions faites sur le fonds donné ».

Recours en cassation de la part de la veuve et des héritiers d'Antoine Royère.

Par arrêt du 22 juin 1812, au rapport de M. Chabot,

« Attendu que la pièce de terre qui est l'objet de la contestation, ne fut pas comprise dans la donation universelle des biens présens et à venir, consentie le 6 mai 1792, par Louise Blayac, et qu'elle fut même expressément exceptée de la donation;

» Que, par autre acte du même jour, Louise Blayac fit donation entre-vifs, à Antoine Royère, de ladite pièce de terre; que seulement elle en réserva la jouissance pour elle et pour son mari jusqu'à leur décès; et que néanmoins elle imposa pour condition, que, dans le cas où Antoine Royère, donataire, viendrait à décéder sans enfans, la pièce de terre appartiendrait en propriété à François Blayac, son donataire universel;

» Qu'il est évident que cette dernière clause contient une véritable Substitution fidéicommissaire, puisqu'elle impose au donataire la charge de conserver à un tiers, pour le cas où il décéderait sans enfans, puisqu'elle impose, dans le même cas, aux héritiers du donataire, la charge de rendre à un tiers, puisqu'enfin il y a un tiers qui est appelé à recueillir après un donataire qui est grevé de rendre à ce tiers;

» Qu'ainsi, la clause dont il s'agit, devait être annulée en vertu de la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, qui a aboli les Substitutions non ouvertes;

» Que cependant, pour la soustraire à l'annullation, on l'a dénaturée, sous prétexte de l'interpréter; qu'on l'a fait considérer comme ne contenant qu'un simple droit *de retour* en faveur de François Blayac, quoiqu'elle ne porte pas que les biens *retourneront*, quoique cette expression ne pût même être employée, puisque le retour signifie la réversion à un précédent propriétaire, et qu'ici François Blayac n'avait jamais été propriétaire de la pièce de terre, qui avait été formellement exceptée de la donation universelle à lui consentie;

» Qu'au surplus, dans l'espèce, le prétendu droit de retour, qu'on voudrait faire reconnaître, ne serait, dans la réalité, qu'une véritable Substitution fidéicommissaire, puisqu'il en a tous les caractères, et qu'à l'aide de la distinction qui a été admise, il n'y aurait pas de Substitution fidéicommissaire qui ne pût être maintenue;

» Que, lorsqu'une clause est claire et précise, il n'y a pas lieu à interprétation;

» Que, dans l'espèce, il ne s'agissait pas de rechercher quelle avait été la commune intention des parties contractantes, ni ce qu'elles avaient voulu faire; mais qu'il fallait s'arrêter à ce qui avait été fait, et qu'il avait été fait réellement une Substitution fidéicommissaire;

» Qu'enfin, lorsqu'il s'agit de déterminer la nature et l'essence d'un acte, dans les cas où la loi annulle ou prohibe, une fausse interprétation qui tend à maintenir ce que la loi prohibe et annulle, couvre une véritable violation de la loi; et qu'ainsi, cette espèce d'interprétation ne peut être à l'abri du recours en cassation;

» La cour casse et annulle.... ».

Il paraît cependant par les dispositions des lois des 17 nivôse et 23 ventôse an 2, qui sont citées au mot *Dot*, §. 17, que la loi du 14 novembre 1792 n'a pas aboli les stipulations de retour qui avaient été précédemment faites dans le ressort du parlement de Pau, en faveur des descendans des donateurs de dots; c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 11 frimaire an 14, qui est rapporté au même endroit.

Voici un arrêt plus récent de la même cour, qui juge la même chose.

« En 1672, Marie Bordenave fut mariée avec Pierre Sarrabère. Par contrat du 27 février 1672, David Bordenave, son père, lui constitua une *dot de* 9,000 livres, payable, partie comptant, partie un an après le jour du mariage, partie en une vigne appelée Cassouret, que le futur époux serait tenu de prendre en paiement de la somme de 1,500 livres, faisant le complément du montant de la constitution dotale. Ce contrat renfermait la stipulation du droit de retour en faveur

des *descendans* du constituteur, pour être exercé, lorsque la ligne directe de la dotiste, ou des siens, et à l'infini, viendrait à faillir. Le futur époux hypothéqua, pour retour de la dot, le cas échéant, les biens qu'il acquerrait à l'avenir. Le sieur Pierre Bordes, marié avec une autre Marie Bordenave, tante de la future, intervint dans le contrat, et y institua pour son héritier, le futur époux, son neveu.

» De ce mariage de Pierre Sarrabère et de Marie Bordenave, issut une fille unique, appelée Sara Sarrabère : après le décès de son père, cette fille unique épousa Philippe Despoey : dans le contrat qui fut passé le 20 novembre 1694, elle se constitua une dot de 10,000 livres : Pierre Bordes, son grand-oncle, intervint encore dans ce contrat, l'institua son héritière, et lui constitua un préciput de 20,000 livres.

» Philippe Despoey décéda sans postérité, et Sara Sarrabère passa à des secondes noces avec Henri Dhéreter : nouveau contrat de mariage, du 29 janvier 1697, par lequel Sara Sarrabère se constitua la même dot de 30,000 livres, mentionnée dans le premier acte. Il fut convenu que Sara Sarrabère ferait cession audit Dhéreter, d'effets actifs, en paiement de cette dot. Nouvelle intervention du sieur Pierre Bordes, pour instituer son héritière ladite Sara Sarrabère : Marie Bordenave, veuve Sarrabère, fit, en faveur de sa fille, veuve Despoey, une pareille institution d'héritière, en réservant néanmoins une préférence, pour sa dot et pour son augment, tant sur les biens de feu son mari, que sur ceux de Pierre Bordes.

» De ce second mariage de Sara Sarrabère avec Henri Dhéreter, naquit Marie Dhéreter; celle-ci épousa Dominique-François Navailles-Poey-Ferré : enfin, de ce dernier mariage, issut Jean-Baptiste Navailles-Poey-Ferré, lequel mourut sans enfans, le 26 janvier 1793, après avoir *institué pour son héritier, le père des exposans.*

» Le sieur Bordenave, partie adverse, et de la ligne de David Bordenave, constituteur de la dot de 9,000 livres, crut que la réversion de cette dot était ouverte à son profit, par le décès sans postérité, de Jean-Baptiste-Xavier Navailles-Poey-Ferré, dernier descendant en ligne directe, de Marie Bordenave, en faveur de qui la dot de 9,000 livres avait été constituée. Le sieur Bordenave forma donc une demande devant le tribunal civil d'Orthez, contre le sieur Guinharte, héritier institué dudit sieur Xavier Navailles-Poey-Ferré, en restitution de cette dot de 9,000 livres, et en paiement d'un augment de 3,000 livres.

» Après le décès de leur père, les dames Guinharte défendirent à cette demande. Par jugement du 21 messidor an 13, elles furent condamnées à payer au sieur Bordenave, les 9,000 livres, avec les intérêts de droit : elles furent relaxées de la demande en paiement de l'augment.

» Sur l'appel de ce jugement, les dames Guinharte soutinrent, comme en première instance, que le sieur Bordenave n'était pas fondé dans sa demande, 1° en ce qu'il n'avait pas justifié du paiement de la dot de 9,000 livres; 2° en ce que les biens de Sara Sarrabère, responsables de cette dot, n'avaient pas été recueillis par la famille Dhéreter, ni par celle de Navailles-Poey-Ferré; 3° et dans tous les cas, parceque les lois d'octobre et de novembre 1792, antérieures au décès du sieur Navailles-Poey-Ferré, avaient aboli le prétendu droit de retour réclamé par le sieur Bordenave. La cour d'appel de Pau a, par arrêt du 18 février 1808, confirmé le jugement de première instance ».

Ainsi s'expliquaient les dames Guinharte, dans le début de leur requête en cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Pau, qui avait prononcé en faveur du sieur Bordenave. Elles ajoutaient à cet exposé tous les développemens nécessaires pour établir, suivant leur opinion, que cet arrêt avait violé la loi du 14 novembre 1792, portant abolition des Substitutions non ouvertes avant sa publication.

Mais par arrêt du 17 janvier 1809, au rapport de M. Ruperou,

« Attendu que, d'après les lois des 17 nivôse et 23 ventôse an 2, qui ont conservé les effets des stipulations de retour et ceux du retour légal, et d'après les différences qui existent entre les droits de réversibilité conventionnels ou légaux et les Substitutions, on ne peut appliquer au droit de retour l'abolition prononcée par les lois des 25 octobre et 14 novembre 1792;

» Par ce motif, la cour rejette le pourvoi.... ».

XI. Doit-on considérer comme une Substitution fidéicommissaire, la disposition par laquelle, en donnant à un tiers la faculté de lui élire un héritier, dans le cas où l'héritier qu'il a institué, mourrait sans enfans, ou sans avoir disposé, un testateur, prévoyant le cas de défaut d'élection, de la part de ce tiers, institue lui-même, pour ce cas, un second héritier?

Cette question a été agitée, avec une autre indiquée ci-après, sect. 15, n° 1, dans l'espèce suivante :

En février 1778, Emmanuel Timbrune de Valence fait un testament ainsi conçu :

« Je donne et lègue à dame Adélaïde Lévis, ma chère épouse, l'usufruit et jouissance de mon entière hérédité, jusqu'à ce que mon héritier aura accompli sa vingt-cinquième année, sans être tenue de rendre aucun compte.

» J'institue en tous et chacun mes biens meubles et immeubles, noms, voix, droits, raisons et actions pour mon héritier général et universel, Marie-Honoré de Valence, mon fils..... ; voulant, qu'au cas où mon fils, héritier institué, viendrait à mourir en pupillarité avant ma chère épouse, ou même qu'après avoir atteint sa puberté, il viendrait à mourir avant ma chère épouse, sans enfans, et sans avoir fait testament, ma chère épouse conserve ou reprenne la jouissance de mon hérédité jusqu'à sa mort, et qu'à sa mort elle nomme pour recueillir ma succession, à titre d'institution héréditaire, celui de nos enfans posthumes, si nous en avons, et à leur défaut, celui de mes parens du côté paternel ou maternel, qu'elle jugera à propos de choisir, *lui donnant le droit d'élection, dans la confiance où je suis qu'elle donnera préférence à celui qui lui paraîtra la mériter le mieux..... ;*

» Et dans le cas où mon fils, après avoir atteint sa puberté, viendrait à mourir avant ma chère épouse, sans laisser d'enfans, mais après avoir disposé, *j'entends que ses dispositions fassent cesser le droit d'élection donné à ma chère épouse,* mon intention étant qu'il puisse disposer librement de ses biens quand il aura l'âge compétent pour disposer, sauf que l'effet de ses dispositions sera suspendu pendant la vie de ma chère épouse, laquelle aura l'usufruit et la jouissance de tous mes biens jusqu'à sa mort, toutes les fois que mon fils ne laissera point d'enfans ».

Par un codicille du mois d'octobre de la même année, Emmanuel Timbrune de Valence ajoute à ce testament, les dispositions suivantes :

« Je veux que le droit d'élection que j'ai donné à ma chère épouse, ait lieu, et qu'elle en jouisse, non-seulement dans les cas exprimés en mon testament, où mon fils viendrait à mourir en pupillarité avant ma chère épouse, et où je ne laisserais pas d'autres enfans, mais encore dans le cas où mon fils, après avoir atteint sa puberté, viendrait à mourir avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, sans laisser des enfans, ma volonté étant qu'il ne puisse disposer des biens qu'il aura acquis en vertu de l'institution que j'ai faite en sa faveur, qu'autant qu'il aura des enfans, ou qu'il aura accompli sa vingt-cinquième année, ou que ma chère épouse serait morte avant l'accomplissement des vingt-cinq ans ;

» Et où ma chère épouse décéderait avant que mon fils ait atteint sa puberté, ou même qu'elle décéderait sans avoir usé du droit d'élection que je lui ai donné, je veux que, dans le cas où il était permis à ma chère épouse d'élire, l'élection ait lieu en faveur de César Timbrune, mon cousin issu de germain, que j'appelle par Substitution pupillaire ou fidéicommissaire, pour recueillir mon entière succession ».

Le testateur décède en 1779.

Onze ans après, en 1790, Marie-Honoré de Valence, son fils, meurt célibataire, et âgé seulement de vingt-trois ans.

Adélaïde Lévis, sa mère, continue de jouir de l'usufruit des biens qu'il avait reçus de son père.

Le 26 mai 1792, César Timbrune est inscrit sur la liste des émigrés.

En thermidor an 5, Adélaïde Lévis fait un testament par lequel, croyant pouvoir user encore du droit d'élire que lui a confié son mari, elle lui choisit, pour héritières, les deux filles d'un de ses neveux. Elle meurt l'année suivante.

Question de savoir à qui doit appartenir la succession d'Emmanuel Timbrune de Valence.

Les deux héritières élues par le testament de sa veuve reconnaissent n'y avoir aucun droit, d'après les dispositions de la loi du 17 nivôse an 2, qui prohibent les élections d'héritier. Mais le combat s'engage entre César Timbrune (relevé de son émigration par un brevet d'amnistie), en qualité d'héritier institué par le codicille de 1778, et le comte de Valence, héritier *ab intestat*.

César Timbrune meurt pendant la contestation. Le sieur et la demoiselle de Sansac, ses héritiers, reprennent l'instance.

Le droit de César Timbrune (disent-ils), s'est ouvert en 1790, à la mort de Marie-Honoré de Valence, premier héritier institué : mis, dès ce moment, à la place de celui-ci, il a été saisi de l'hérédité, à la charge de l'usufruit de la dame Lévis, veuve du testateur, et sous la condition résolutoire de l'élection valable qu'elle eût pu faire postérieurement ; cette condition résolutoire ne s'est pas réalisée, puisque la veuve du testateur n'a fait son élection qu'à une époque où la loi lui en avait ôté le pouvoir. Donc par le seul effet de la loi qui avait prohibé les élections d'héritier, l'institution de César Timbrune a été dégagée de la condition résolutoire qui l'affectait dans le

principe; donc les choses se sont retrouvées, par là, au même point que si cette condition n'eût pas été écrite dans le testament; donc l'hérédité est censée avoir été acquise à César Timbrune dès 1790.

Le comte de Valence répond que la condition imposée à l'institution de César Timbrune, était *négative;* que par conséquent elle était *suspensive*, et non *résolutoire;* que César Timbrune n'avait donc pas été saisi de l'hérédité, tant que la condition avait pu s'accomplir; qu'à la vérité, la loi du 17 nivôse an 2 avait rendu impossible l'accomplissement de cette condition; et que de là on devait conclure que, si le droit de César Timbrune eût résulté d'une institution pure et simple, César Timbrune se serait trouvé irrévocablement saisi de l'hérédité au moment où avait paru la loi du 17 nivôse an 2; mais que l'institution de César Timbrune n'était, dans la réalité, qu'une Substitution fidéicommissaire; qu'elle avait été, comme telle, abolie avant la loi du 17 nivôse an 2, par celle du 14 novembre 1792; que César Timbrune n'avait donc plus aucun droit à l'epoque de la publication de la loi du 17 nivôse an 2; qu'ainsi, la loi du 14 novembre 1792 ayant rendu sans effet l'institution de César Timbrune, et celle du 17 nivôse an 2 ayant privé la veuve du testateur de son droit d'élire, il y a nécessairement lieu à la succession *ab intestat.*

Le 3 thermidor an 13, jugement du tribunal de première instance de Toulouse qui prononce en faveur du comte de Valence.

Appel de la part du sieur et de la demoiselle de Sansac.

Par arrêt du 25 juin 1807, la cour d'appel de Toulouse confirme ce jugement; et voici par quels motifs:

« Marie-Honoré de Valence étant mort en minorité et sans avoir disposé, il faut examiner quels sont les droits des représentans de César Timbrune à l'hérédité de feu Emmanuel de Valence.

» César Timbrune pouvait être exclu par une élection contraire de la part de la veuve du testateur; mais cette élection ayant été faite le 12 thermidor an 5, après la loi du 17 nivôse an 2, est frappée de nullité par l'art. 23 de cette loi; d'un autre côté, la Substitution faite en faveur de César Timbrune, était subordonnée au cas où la dame veuve de Valence ne choisirait pas un autre héritier parmi les parens de son époux.

» Si cette condition est résolutoire, les descendans de César Timbrune seront fondés à se prévaloir de la Substitution, parcequ'il aurait été saisi des biens substitués au moment même du décès d'Emmanuel de Valence; il n'aurait pu en être dépouillé par une élection contraire, valable de la part de la veuve; il aurait alors transmis ses droits à ses descendans.

» Mais la condition apposée à la Substitution, est conçue en termes négatifs; elle en fait dépendre l'effet d'un événement incertain, confié à la volonté d'un tiers, savoir, si la veuve ne faisait pas une élection contraire à la Substitution. Cette condition est alors suspensive, suivant Furgole, chap. 7, sect. 4, n° 4. Cette faculté d'élire, laissée à la veuve, pour l'exercer quand elle voudrait, tenait en suspens le droit des éligibles appelés par une disposition générale, suivant la loi 67, §. 7, D. *de legatis* 2°, de même que ceux de César Timbrune, appelé en défaut d'élection; et si César Timbrune était décédé tant que la veuve Valence avait cette faculté, il n'aurait pas transmis ses droits à ses représentans, suivant Furgole, chap. 7, sect. 3, n° 53.

» César Timbrune n'eut donc aucun droit irrévocablement acquis, ni au décès d'Emmanuel de Valence, ni à celui d'Honoré, son fils, ni à l'époque de la loi du 17 nivôse an 2, qui abolit la faculté d'élire.

» En vain voudrait-on opposer que la faculté d'élire ayant été abolie antérieurement à la loi du 17 nivôse an 2, par celle du 5 brumaire précédent, qui avait aboli la faculté de disposer, le droit de César Timbrune était devenu irrévocable avant la loi du 17 nivôse.

» Cette exception ne peut être invoquée dans l'espèce, où César Timbrune n'était appelé que par une Substitution. Son droit était déjà annulé par la loi du mois d'octobre 1792, qui les avait abolies. En effet, César Timbrune ne possédait pas alors les biens substitués; il n'avait pas non plus, comme on vient de le voir, le droit de les réclamer; ce n'est que sous l'une ou l'autre de ces conditions, qu'il aurait pu conserver, après la loi du 25 octobre 1792, l'utilité de la Substitution faite en sa faveur. Conformément aux deux lois citées, il en était dépouillé long-temps avant la loi du 17 nivôse, qui vint ôter à la dame de Valence la faculté d'élire un autre héritier à son époux ».

Le sieur et la demoiselle de Sansac se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et M. de Sèze soutient pour eux dans une consultation imprimée, 1° qu'il viole l'article premier de la loi du 18 pluviôse an 5, lequel maintient toutes les dispositions *irrévocables* faites en ligne collatérale avant la loi du 5 brumaire an 2, et ordonne qu'elles seront exécutées nonobstant cette dernière loi et celle du 17 ni-

vôse suivant; 2° qu'il fait une fausse application de la loi du 14 novembre 1792, portant abolition des fidéicommis non encore ouverts à cette époque, et de l'art. 23 de la loi du 17 nivôse an 2, qui abolit le droit d'élire.

Et voici comment M. de Sèze établit leur première proposition.

« Emmanuel Timbrune de Valence avait institué son fils Honoré pour son héritier, en 1778. En même temps, il avait donné à sa femme, dans le cas où son fils viendrait à mourir avant sa majorité, le pouvoir de choisir parmi ses parens, celui qui lui paraîtrait le plus digne, pour l'appeler à sa succession. En même temps encore, il avait voulu que, si sa femme n'usait pas de ce pouvoir qu'il lui avait donné, ce fût son cousin issu de germain, César Timbrune, qui fût lui-même son héritier.

» Honoré de Valence meurt en 1790. La maxime, *le mort saisit le vif*, reçoit alors son exécution.

» L'institution de César Timbrune se réalise. Il prend naturellement la place d'Honoré de Valence. Il recueille la succession que la mort l'avait empêché lui-même de recueillir. Seulement il ne se saisit pas des biens qui la composaient à cause de l'usufruit qu'en avait toujours Adélaïde Lévis, d'après le testament de son mari; mais il acquiert, par la mort d'Honoré de Valence, le titre d'héritier de son père, et les droits attachés à ce titre.

» A la vérité, jusqu'à l'époque de la loi du 17 nivôse qui avait anéanti le droit d'élire, ou plutôt jusqu'à celle de la loi du 5 brumaire, qui, en ôtant la faculté de disposer en ligne collatérale, avait rendu toute élection impossible, la propriété de César Timbrune était résoluble par l'élection qu'aurait pu faire Adélaïde Lévis. Il pouvait en être dépouillé par cette élection. Il pouvait la perdre. Mais au fond, le droit qu'il avait à cette propriété, n'en était pas moins, de sa nature, irrévocable, ou il est devenu au moins tel à cette époque-là même.

» Nous disons qu'il était *irrévocable*, et il l'était en effet dès le principe, par la mort d'Emmanuel de Valence, arrivée en 1779; car Emmanuel de Valence n'existant plus, il était bien impossible qu'il révoquât les dispositions de son testament.

» D'un autre côté, cette irrévocabilité était devenue absolue, définitive, complète, à l'époque de la loi du 17 nivôse, puisque, d'après les dispositions de cette loi, Adélaïde Lévis, qui avait laissé écouler trois années sans songer à faire usage de la faculté qu'elle avait de choisir un héritier pour son mari, se trouvait avoir perdu cette faculté.

» Ce n'était pas même la loi du 17 nivôse qui lui avait ôté cette faculté la première: c'était celle du 5 brumaire an 2.

» La loi du 5 brumaire ne permettait pas en effet de disposer en ligne collatérale; et par cela seul qu'elle interdisait la liberté de disposer, elle interdisait aussi nécessairement celle d'élire.

» C'est là un principe qui a été consacré par la cour de cassation, dans son célèbre arrêt du 13 thermidor an 13, rendu dans l'affaire Grimal (1).....

» Mais au reste, que ce fût la loi du 5 brumaire, ou la loi du 17 nivôse, qui eût détruit, pour Adélaïde Lévis, la faculté qu'elle avait d'élire, il n'en est pas moins vrai qu'au moment où elle a perdu cette faculté, l'institution de César Timbrune est devenue absolument *irrévocable*.

» Des-lors, cette institution a dû nécessairement produire son effet.

» On n'a pas eu la liberté de le lui refuser.

» On n'a pas pu s'opposer à son exécution.

» On n'a pas pu regarder Emmanuel de Valence comme mort *ab intestat*.

» Enfin, on n'a pas pu investir de sa succession un autre que César Timbrune, qu'il avait appelé lui-même à la recueillir.

» C'est là cependant ce qu'a fait la cour d'appel de Toulouse par son arrêt; et, ce qui va bien surprendre, c'est que le principal motif sur lequel elle s'est décidée, est que le droit de César Timbrune ayant été subordonné à une condition *négative*, et qui tenait à un événement incertain, ne lui avait jamais été, à aucune époque, *irrévocablement acquis*; et que, dès-lors, il lui avait été enlevé par l'art. 24 de la loi du 17 nivôse, qui n'avait entendu conserver que des droits dont l'irrévocabilité ne pouvait pas être un objet de doute.

» Mais où cette cour a-t-elle vu que les conditions négatives empêchent l'exécution de la disposition qui en est l'objet, jusqu'à l'arrivée de l'événement? On avait eu cette idée bizarre dans les premiers temps de la législation romaine. On avait pensé alors que, lorsqu'un testateur avait dit: *J'institue Mévius pour mon héritier, s'il ne monte pas au Capitole*, ou *s'il ne va pas à Rome pendant sa vie*, on ne pouvait pas, pendant toute la vie de Mévius, où l'événement de la condition

(1) *V.* l'article *Choix*, §. 1.

restait incertain, lui délivrer le legs qui lui était fait par le testateur, ou le mettre en possession de la succession.

» Mais dans la suite, on s'aperçut de l'absurdité qui résultait de cette décision, puisqu'elle conduisait nécessairement à attendre la mort de l'héritier ou du légataire, avant de l'admettre à recueillir le legs ou la succession à laquelle le testateur l'avait appelé.

» On vit bien d'ailleurs que la condition négative n'était au fond autre chose qu'une défense faite à l'héritier institué de posséder la succession du testateur, si l'événement prévu par la condition arrivait, mais qui ne pouvait pas l'empêcher de la posséder jusqu'à ce que l'événement arrivât.

» En effet, quand je dis : *J'institue Mévius pour mon héritier, s'il ne monte pas au Capitole*, c'est absolument comme si je disais : *J'institue Mévius pour mon héritier, mais je lui défends de monter au Capitole; et s'il y monte, je lui ôte mon hérédité.*

» On sent qu'une telle condition ne peut pas empêcher Mévius de recueillir mon hérédité, mais que seulement il sera obligé de la rendre, si, contre ma volonté, il monte au Capitole.

» On changea donc de système, même dans la législation romaine. On permit à l'héritier institué sous une condition négative, de se mettre en possession de la succession; et on ne prit contre lui d'autre précaution que de l'assujétir à donner une caution qui fut appelée *Mutienne*, du nom de celui qui en avait eu le premier l'idée.

» Ce fut là aussi l'opinion qui passa dans notre jurisprudence. Tous nos jurisconsultes, et même les plus célèbres, l'ont adoptée.

» Ricard, entre autres, dit que *les conditions négatives ont une qualité toute différente des autres;* qu'*au lieu que les conditions proprement dites ont un effet suspensif, l'effet de celle-ci est résolutoire;* qu'elles *n'empêchent pas l'exécution présente du legs, sauf à restituer la chose léguée dans le cas de l'événement.* Et après avoir posé ce principe, Ricard en développe ensuite parfaitement les motifs.

» Thévenot d'Essaule, Catellan et Védel disent la même chose.

» La cour d'appel, à la vérité, a cité Furgole, dans son *Traité des testamens*. Mais, dans ce traité, Furgole s'est contredit sur cette question; car, dans la sect. 2 du chap. 7, il dit positivement que *la condition affirmative suspend l'effet de la disposition, et* qu'il *faut qu'elle soit arrivée avant que le légataire puisse acquérir quelque droit ou demander la chose léguée; mais* que *la condition négative, qui est potestative, ne suspend pas l'effet ni l'exécution;* et ensuite, s'égarant dans la subtilité des lois romaines, et s'efforçant de distinguer entre les conditions négatives-potestatives dépendantes de l'héritier, et les conditions négatives-potestatives soumises à la volonté d'un tiers, il est parvenu, à la sect. 4 du même chap. 7, à dire à peu près le contraire de ce qu'il avait dit à la sect. 3.

» Mais Catellan, magistrat du parlement de Toulouse, et dont le recueil d'arrêts jouit d'une si grande estime, a une opinion absolument différente de celle de Furgole; et c'est même sur une question absolument semblable à la nôtre, qu'il l'a exprimée (liv. 2, chap. 28).

» Védel, commentateur de Catellan, et jurisconsulte de Toulouse aussi, dit également (liv. 2, chap. 27), à l'occasion de la même question, qu'*une donation à défaut d'élection est un droit irrévocablement acquis, et qu'on transmet à ses héritiers, parcequ'il faut tenir pour maxime, que les obligations conditionnelles ont un effet rétroactif au temps du contrat, quand la condition sous laquelle elles sont contractées, vient à s'accomplir; en sorte qu'une donation ayant été faite à un aîné, à condition que le père ni la mère ne disposassent pas autrement des biens donnés en faveur de quelque autre de leurs enfans, la condition ayant été accomplie par leur décès arrivé, les biens donnés doivent appartenir à l'aîné donataire.*

» Enfin, ce principe, que l'héritier institué sous des conditions purement négatives, est *saisi*, à compter du décès de celui auquel il est appelé à succéder, a été consacré en thèse par le parlement de Paris, en 1789, dans l'affaire de la veuve de Treyves, et n'éprouva pas même alors de difficulté.

» Il faut même convenir que le principe contraire serait en opposition directe avec la fameuse maxime qui a toujours régné dans toute la France, *le mort saisit le vif;* car, d'après cette maxime, qui ne peut pas ne pas avoir son effet, il faut nécessairement que l'héritier institué sous des conditions négatives, soit saisi comme l'héritier pur et simple; et toute la différence qu'il y a entr'eux, c'est que le droit de l'héritier pur et simple ne peut pas être anéanti, et que celui de l'héritier institué sous une condition négative, au contraire, peut l'être par l'événement de la condition négative.

» Aussi, dans notre législation nouvelle, n'a-t-on pas élevé de doute sur ce principe; et il a été consacré de la manière la plus positive par les arrêts de la cour de cassation, du 17 pluviôse an 13, dans l'affaire Grailhe,

et du 13 thermidor de la même année, dans l'affaire Grimal (1).

» Il est donc clair, que l'institution de César Timbrune, quoique subordonnée au défaut d'élection de la part de la dame de Valence, lui avait conféré des droits irrévocables, lesquels étaient maintenus par la loi du 18 pluviôse an 5 ».

Quant à la deuxième proposition du sieur et de la demoiselle de Sansac, voici sur quoi la fondait M. de Séze :

« Que porte la loi du 14 novembre 1792? Deux choses : la première, que les Substitutions qui ne seront pas ouvertes à la publication de cette loi, demeurent abolies et sans effet; la seconde, que les Substitutions même ouvertes n'auront d'effet qu'en faveur de ceux seulement qui auront alors *recueilli les biens substitués, ou le droit de les réclamer.*

» Ainsi, d'après cette dernière disposition de la loi, il suffirait, pour n'être pas compris dans l'abolition des Substitutions, de se trouver déjà, au mois de novembre 1792, possesseur des biens substitués, ou d'avoir recueilli au moins le *droit de les réclamer.*

» Or, César Timbrune était bien dans cette exception particulière de la loi. Marie-Honoré de Valence était mort en 1790. Cette mort avait nécessairement ouvert la Substitution, qui, n'étant que d'un degré, se réalisait sur-le-champ, et par cela même, en faveur de César Timbrune. César Timbrune était donc, dès-lors, saisi de cette Substitution, même en envisageant son institution comme telle.

» A la vérité, il n'était pas également saisi de fait des biens substitués; il ne possédait pas ces biens; il ne lui avait pas été libre de s'en emparer, parcequ'il rencontrait l'obstacle de l'usufruit d'Adélaïde Lévis, qui devait durer autant que sa vie : mais on ne peut pas disconvenir que, malgré cet obstacle, il n'eût au moins *le droit de les réclamer.*

» Il faut bien distinguer, en effet, entre ce droit et l'exercice de ce droit.

» On peut avoir le droit de réclamer des biens, comme en étant devenu le propriétaire, et cependant ne pouvoir pas l'exercer encore. La loi elle-même dit que celui-là est censé avoir une chose qui a une action pour la demander (loi 15, D. *de regulis juris*). Elle dit encore, que la chose n'est *pas moins due dès à présent*, quoiqu'il y ait un terme, et qu'elle ne puisse pas encore être exigée : *Non tamen ut statim peti possint; DEBERI ENIM DICIMUS et quod die certâ præstare oportet, licèt dies nondum venerit.* (Loi 9, D. *ut legatorum*). Aussi est-ce l'observation des auteurs : Peregrinus, Ricard, Furgole, Thevenot d'Essaule, qui ont tous traité et approfondi la matière des Substitutions, posent tous également le même principe : ils conviennent tous que, quoique le droit de demander la chose substituée, ne puisse pas être exercé, à l'ouverture de la Substitution, par un obstacle de fait qui l'arrête, il n'en existe pas moins lorsqu'il a été conféré par le testateur, et que la Substitution est ouverte.

» Ici, l'obstacle de fait, pour César Timbrune, était l'usufruit qu'Adélaïde Lévis tenait du testament de son mari même. Sans cet usufruit, rien n'aurait empêché, à l'instant de la mort d'Honoré de Valence, César Timbrune de se mettre en possession des biens substitués. Il ne l'a pas pu à cause de cet obstacle momentané. Mais le droit de réclamer ces biens, ne lui en était pas moins acquis; il n'en était pas moins existant : l'usufruit d'Adélaïde Lévis en suspendait seulement l'exercice; mais il n'en altérait pas la substance. César Timbrune était donc bien véritablement dans l'exception de la loi. Il était devenu propriétaire de la Substitution par son ouverture. Il avait le droit de réclamer les biens substitués. On ne pouvait pas lui contester ce droit. Ce droit n'était point atténué par l'obligation où se trouvait César Timbrune de différer son exercice à cause de l'usufruit d'Adelaïde Lévis. Cet exercice ne faisait rien à l'existence du droit en lui-même. La cour d'appel n'a donc pas pu, sans violer les principes, appliquer à César Timbrune des lois qui n'avaient aucun rapport à sa position.

» Elle n'a pas pu supposer qu'il avait été dépouillé par ces lois; elle n'a pas pu regarder sa Substitution comme anéantie; en un mot, elle n'a pas pu prétendre avec justice qu'il n'eût pas au moins, à l'époque de 1792, le droit de réclamer les biens dont Adelaïde Lévis avait l'usufruit, puisque cet usufruit n'était, comme nous venons de le dire, qu'un obstacle de *fait*, qui ne nuisait pas à l'existence légale du *droit*.

» Mais d'ailleurs ce qui écarte encore plus ici l'application de la loi de 1792, c'est la nature de l'institution portée par Emmanuel de Valence sur la tête de César Timbrune. Cette institution n'est pas en effet une véritable Substitution.

Il n'y a de véritable Substitution que celle par laquelle celui qui est appelé le premier par le testateur, est chargé par lui de conser-

(1) *V.* l'article *Choix*, §. 2.

ver et de rendre ensuite à un autre. Mais quand cette charge de rendre n'existe pas, quand au contraire le second institué reçoit et prend directement des mains du donateur ou du testateur, les biens qui sont l'objet de son institution, dans le cas où le premier appelé n'a pas voulu ou n'a pas pu être lui-même ou légataire ou donataire, alors il est bien évident qu'il n'y a pas là, à proprement parler, de Substitution, mais une institution seulement à défaut d'une autre.

» Nous savons bien que, dans l'ancienne législation, cette institution d'un héritier à défaut de l'autre, était ce qu'on appelait une Substitution *vulgaire*, et que c'était la définition qu'en donnaient les auteurs. Mais il faut avoir la bonne foi ou le courage de convenir que ce n'était là qu'un abus de mots. Car il y avait entre la véritable Substitution et ce qu'on appelait la Substitution vulgaire, cette différence essentielle, que, dans la première, le substitué succédait au premier appelé, qui, après avoir possédé les biens, finissait par les lui transmettre; et que, dans l'autre, au contraire, il ne faisait que le suppléer dans la possession de ses biens, lorsque le premier appelé ne voulait pas ou ne pouvait pas la prendre lui-même. Ce n'était donc autre chose qu'une seconde institution, une institution d'un seul héritier en deux personnes, une institution supplétive; *si ille heres non erit, iste heres esto.*

» Aussi, lorsqu'à l'époque où l'on agita, dans le conseil d'état, la question de savoir si on prohiberait entièrement les Substitutions, et qu'on se décida en effet pour ce parti là, proposa-t-on, malgré cette décision, de conserver ce qu'on qualifiait de Substitution vulgaire, parceque ce n'était pas une Substitution. Et cette proposition fut consacrée par l'art. 898 du Code civil.

» Il est donc bien décidé aujourd'hui que les institutions de la nature de celle de César Timbrune, ne sont pas des Substitutions, et ne peuvent pas en recevoir le nom ou le titre.

» Cela était même décidé, en quelque sorte, par la loi du 17 nivôse, qui appelle *institution nominative d'un héritier, néanmoins subordonnée au cas où un tiers ne disposerait pas autrement des biens compris en la même institution*, les institutions comme celle de César Timbrune. C'est là également le nom qu'on leur donne dans tous les arrêts récemment rendus sur cette matière.

Les arrêts de Grailhe et de Grimal, entr'autres, ne les appellent que des *institutions secondaires et nominatives*. La cour de cassation elle-même ne les reconnaît que comme de secondes institutions, et ne leur donne que ce nom-là.

» Nulle part on ne leur donne celui de *Substitutions*, et encore moins imagine-t-on de leur appliquer la loi de 1792. La seule cour d'appel de Toulouse s'est permis de rappeler l'acienne dénomination, pour y trouver le prétexte d'y appliquer les lois abolitives des Substitutions. Mais, comme on voit, cette application est faite ici contre tous les principes : elle porte sur une institution qui n'en est pas susceptible; elle est sans objet; et dès-lors, c'est dans l'arrêt de Toulouse un vice de plus, qui est nécessairement un second moyen pour le rendre encore annullable.

» Nous en dirons maintenant autant de l'application qu'a faite aussi à la cause, de l'art. 23 de la loi du 17 nivôse, la cour d'appel de Toulouse. Cette application est encore une application fausse..... ».

M. l'avocat-général Daniels portant la parole sur cette affaire, à l'audience de la section des requêtes, a dit que, pour apprécier les moyens de cassation proposés par le sieur et la demoiselle de Sansac, il était essentiel de se fixer d'abord sur les dernières dispositions d'Emmanuel Timbrune de Valence, d'en préciser la nature et les effets, et de réduire ensuite la question qui divisait les parties, à ses points les plus simples; que, dans le testament d'Emmanuel Timbrune de Valence, du mois de février 1778, on remarque deux dispositions : l'une en faveur *de son épouse*, l'autre en faveur de son fils Marie-Honoré de Valence : qu'il lègue à son épouse *l'usufruit* et *jouissance* de son entière hérédité, jusqu'à ce que son héritier ait accompli sa vingt-cinquième année, sans être tenue de rendre aucun compte; qu'il institue pour son héritier général et universel, Marie-Honoré de Valence, son fils; que la mère n'avait donc que l'usufruit et la jouissance des biens meubles, immeubles et actions qui composaient la succession du testateur; que le fils en avait la propriété pleine et entière dès le moment du décès de son père; que cette première disposition du testateur, renfermait une Substitution *pupillaire*, mais ne grevait pas du tout le fils institué d'une Substitution *fidéicommissaire*; que d'abord, il y avait Substitution pupillaire, puisqu'au cas où l'héritier institué viendrait à mourir *en pupillarité* avant l'épouse du testateur, ce n'était pas les plus *proches parens* qui devaient lui succéder dans l'ordre établi par la loi, et qu'au contraire le testateur avait voulu que, dans ce cas, son épouse conservât ou reprît la jouis-

sance de la succession jusqu'à son décès; et qu'à sa mort, elle nommât, pour recueillir la même succession, à titre d'institution héréditaire, celui de leurs enfans posthumes, s'il y en avait, ou à leur défaut celui des parens du sieur de Valence du côté paternel ou maternel, qu'elle jugerait à propos de choisir; que ce droit d'élection ne devait avoir lieu que dans le cas où Marie-Honoré de Valence ne pourrait, *à cause de son âge*, se faire lui-même un testament, c'est-à-dire, dans le cas où il décéderait en *pupillarité*; que la Substitution subordonnée au choix de la dame de Valence, était donc une Substitution pupillaire; à cela près qu'au lieu de comprendre *toute la succession* du fils, et *tous les biens* qu'il aurait pu posséder au moment de son décès, comme le père en avait le droit suivant les lois romaines, elle ne comprenait que la succession du testateur; qu'à la vérité, le testament défère à la dame de Valence le droit de choisir un héritier à son époux, même dans le cas où son fils viendrait à mourir après *avoir atteint sa puberté*; mais que ce droit d'élection ne doit avoir lieu que dans le cas où le fils décéderait sans enfans et *sans avoir fait de testament*; qu'ainsi, le fils avait le droit de *disposer* des biens provenans de la succession de son père; qu'il pouvait en disposer librement dès qu'il aurait atteint l'âge compétent; que le testateur lui avait laissé cette faculté en *termes formels*; mais de telle manière que l'effet de ses dispositions fût suspendu pendant la vie de la dame de Valence, par l'usufruit que le sieur Emmanuel de Valence lui avait laissé dans le cas où le fils décéderait sans enfans.

« Il est donc évident (a continué M. Daniels) que, par l'effet du testament du mois de février 1778, le fils n'était pas grevé de Substitution fidéicommissaire.

» Au mois d'octobre de la même année, le testateur ajouta à son testament un codicille: il renouvela d'abord la Substitution pupillaire dont nous venons de rendre compte; il greva ensuite son fils d'une Substitution fidéicommissaire, mais purement éventuelle et subordonnée au droit d'élection accordé à la dame de Valence.

» Le père ne permit plus à son fils, lors même qu'il aurait atteint l'âge de puberté, de disposer des biens de sa Succession, qu'autant qu'*il aurait des enfans*, ou qu'il *aurait accompli sa vingt-cinquième année*, ou que la dame de Valence serait morte *avant l'accomplissement des vingt-cinq ans*.

» Dans le cas contraire, il voulait que le droit d'élection qu'il avait donné à son épouse, eût lieu; le fils n'avait par conséquent pour *héritiers*, ni ses *plus proches parens*, ni ceux qu'il *choisirait lui-même*; il était grevé de Substitution en faveur de ceux que lui choisirait sa mère.

» Le testateur n'en resta point là: prévoyant le cas où son épouse décéderait sans avoir usé du droit d'élection, il dit: *Je veux que, dans le cas où il était permis à ma chère épouse d'élire, l'élection ait lieu en faveur de César Timbrune, mon cousin issu de germain, que j'appelle par Substitution pupillaire ou fidéicommissaire pour recueillir mon entière succession.*

» Cette Substitution était pupillaire, si Honoré-Marie de Valence venait à décéder en pupillarité; elle était fidéicommissaire, si, après avoir atteint l'âge de puberté, il décédait avant sa vingt-cinquième année.

» Personne n'ignore que l'élection d'héritier accordée par le testateur à un tiers, a tantôt pour objet le choix d'un héritier *direct*, tantôt celui d'un héritier *fidéicommissaire*. Dans notre espèce, le testateur avait lui-même désigné son héritier *direct*; c'était son fils Marie-Honoré de Valence. Son épouse, la dame de Valence, avait au contraire la faculté de choisir le second héritier qui était fidéicommissaire, si l'héritier direct décédait sans enfans avant sa *vingt-cinquième année accomplie*.

» Le but principal du sieur Emmanuel de Valence était, par conséquent, d'empêcher que son fils ne se nommât lui-même un héritier, dans le cas où il décéderait sans enfans, avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, et avant sa mère.

» Si, dans le concours des circonstances prévues par le testateur, la dame de Valence usait de son droit, elle nommait un héritier, non pas *à son fils*, mais à son époux; non pas un héritier *direct* (abstraction faite du cas du décès en pupillarité, puisque la Substitution pupillaire est toujours une Substitution directe), mais un héritier fidéicommissaire. Si elle ne le nommait pas, le testateur avait appelé lui-même par Substitution fidéicommissaire, le sieur César Timbrune.

» L'un des cas prévus par le testateur, est arrivé. Son fils avait atteint l'âge de *puberté*, ce qui faisait évanouir la Substitution *pupillaire*. Mais il vint à mourir *avant sa mère*; il ne laissa pas *d'enfans*; il décéda au mois de juillet 1790; il n'avait alors que *vingt-trois ans*; la Substitution fidéicommissaire devait donc avoir son effet, soit que la dame de Valence usât de son droit d'élection, soit qu'elle abandonnât la succession à celui que son

époux, le sieur Emmanuel de Valence, avait désigné éventuellement.

» Si la dame de Valence avait nommé, à cette époque, l'héritier qu'elle voulait substituer aux biens provenans de la succession de son époux, nul doute qu'il n'eût recueilli le fruit de cette élection; si, sans l'avoir nommé, la dame de Valence était décédée à la même époque, nul doute que la succession du sieur Emmanuel de Valence n'eût appartenu au sieur César Timbrune, substitué par le testateur.

» Les demandeurs prétendent, à la vérité, que l'institution de César Timbrune n'était pas une véritable Substitution; mais il est bon de dégager la discussion à laquelle nous allons nous livrer, d'une objection qui ne fera illusion à personne.

» Il n'y a de *véritable Substitution*, disent les demandeurs eux-mêmes, que lorsque celui qui est appelé le premier par le testateur, est chargé par lui, de conserver et de rendre ensuite *à un tiers* : or, ce sont précisément là les conditions que nous trouvons réunies dans notre espèce.

» N'oublions pas, d'abord, qu'il ne s'agit point ici de la succession du *fils*, de celle de *Marie-Honoré de Valence*, mais uniquement de la succession de son père *Emmanuel de Valence*.

» Le fils aurait pu acquérir par succession, donation ou autrement, une fortune immense, et mourir, comme il mourut en effet, *avant sa mère*, *sans enfans*, et à l'âge de vingt-trois ans, sans avoir disposé de cette fortune qui lui était personnelle; il eût eu pour héritier, non pas celui que la dame de Valence aurait voulu appeler, ni le sieur César Timbrune, mais ses plus proches parens, conformément aux lois qui étaient en vigueur au mois de juillet 1790.

» Le testament et le codicille du sieur Emmanuel de Valence ne laissent aucun doute sur l'intention qu'il avait à cet égard : dans l'une comme dans l'autre de ces dispositions, il ne s'agit que des biens provenans du testateur, des biens que le fils aurait acquis en vertu de l'institution faite par son père; et comment peut-on ne pas convenir que la seconde institution faite en faveur du sieur César Timbrune, était une véritable Substitution, ou, pour nous accommoder au sens que les lois romaines attachent au mot *Substitution*, un *fidéicommis*, une *Substitution fidéicommissaire*.

» Nous ne vous rappellerons pas qu'elle fut ainsi qualifiée par le testateur lui-même, lorsque, prévoyant, dans son codicille, le cas où son épouse décéderait sans avoir usé du droit d'élection, il dit : *Je veux que dans le cas où il était permis à ma chère épouse d'élire, l'élection ait lieu en faveur de César Timbrune, mon cousin issu de germain, que j'appelle par* Substitution *pupillaire ou* fidéicommissaire *pour recueillir* mon *entière succession.*

» On nous répondra peut-être que c'est par la *nature* de l'acte, plutôt que par la *qualification* que lui ont donnée les parties, qu'on doit en apprécier les effets. Nous allons donc puiser les preuves de notre assertion dans les *dispositions* même du sieur Emmanuel de Valence.

» Il se nomme d'abord un premier héritier dans la personne de son fils unique, Marie-Honoré de Valence. J'institue, dit-il dans son testament, *pour mon héritier général et universel, Marie-Honoré de Valence, mon fils.*

» Il charge ensuite son fils de *conserver*, jusqu'à sa vingt-cinquième année accomplie, les biens qu'il aura recueillis en vertu de cette institution. *Ma volonté est*, dit le testateur dans son codicille, *que mon fils* ne puisse disposer *des biens qu'il aura acquis en vertu de l'institution que j'ai faite en sa faveur, qu'autant qu'il aura des enfans, ou qu'il aura accompli sa vingt-cinquième année, ou que ma chère épouse serait morte avant l'accomplissement des vingt-cinq ans.*

» Marie-Honoré de Valence décéda sans enfans : il n'avait pas accompli sa vingt-cinquième année : sa mère, l'épouse du testateur, vivait encore à cette époque; il ne pouvait donc pas disposer des biens provenans de la succession de son père; il était chargé de les conserver; et c'est de l'accomplissement de toutes ces conditions que l'on fait dépendre le droit du sieur César Timbrune.

» Marie-Honoré de Valence était également chargé *de rendre à un tiers* : il devait rendre à la dame de Valence, sa mère, *l'usufruit et la jouissance* des biens qu'il aurait recueillis de la succession de son père; il devait également en rendre la *propriété*, soit pour être *remise à celui* que la dame de Valence pourrait *choisir* avant son décès, soit pour être restituée au sieur César Timbrune, dans le cas où la dame de Valence décéderait sans avoir usé du *droit d'élection*. Telle est encore la disposition textuelle du testament et du codicille.

» Il est donc bien évident que le sieur Emmanuel de Valence a fait une Substitution fidéicommissaire en usufruit et en propriété :

en usufruit, en faveur de la dame de Valence, son épouse; en propriété, en faveur de celui qu'elle aurait choisi avant son décès, et, à défaut d'élection, en faveur du sieur César Timbrune.

» Dire, avec les demandeurs, que toutes ces dispositions ne renferment qu'une *Substitution vulgaire*, maintenue par la loi du 14 novembre 1792, aussi bien que par le Code civil, c'est contester les principes les plus constans et les notions les plus élémentaires de la jurisprudence.

» A la vérité, lorsque le testateur institue un *premier héritier*, et que néanmoins il subordonne cette nomination au cas où *un tiers* ne disposerait pas autrement *des biens compris dans la même institution*, il y a deux institutions *directes;* et des deux héritiers que le testateur appelle à sa succession, l'un est *vulgairement* substitué à l'autre : l'héritier choisi par le tiers, occupe le premier rang; celui que le testateur a nommé subsidiairement et à défaut d'élection, ne succède au testateur qu'en vertu d'une Substitution vulgaire; mais il en est bien autrement dans notre espèce.

» Emmanuel de Valence n'a jamais abandonné la nomination de son *premier héritier* à l'élection de son épouse; il n'a jamais dit que les biens qu'il laisserait au moment de son décès, appartiendraient d'abord à celui qui serait désigné par son épouse, et à défaut d'élection, au sieur César Timbrune; ce qui emporterait en effet une Substitution *vulgaire* en faveur de ce dernier. Il a nommé son fils unique, Marie-Honoré de Valence, son *héritier direct, pur et simple;* et la dame de Valence n'a jamais eu le droit de l'écarter de la succession par le choix d'un autre. Voilà donc le *premier degré* de *l'institution* épuisé par le testateur lui-même.

» L'héritier ainsi institué a *accepté et recueilli* la succession : il est donc *impossible* que le sieur César Timbrune ait succédé en 1790, douze ans après, en vertu d'une Substitution *vulgaire*, qui suppose toujours le défaut de l'héritier appelé en premier ordre, qui ne peut jamais se faire que sous la condition, *si l'héritier institué ne recueille pas la succession.*

» Dans la rigueur des principes, il faut dire que le testament et le codicille du sieur Emmanuel de Valence renferment tout à la fois trois différentes espèces de Substitutions (le mot *Substitution* toujours pris dans le sens du droit romain) :

» Ils renferment une Substitution pupillaire, et vous voyez qu'il n'en est pas question, puisque Marie-Honoré de Valence est décédé à l'âge de vingt-trois ans; ils renferment également une Substitution *fidéicommissaire*, mais en faveur de plusieurs personnes; et entre celles-ci, l'une est substituée à l'autre *vulgairement.*

» Le seul héritier direct du testateur, était Marie-Honoré de Valence : il a recueilli la succession. Les héritiers *fidéicommissaires* étaient la dame de Valence, mais pour l'*usufruit seulement;* et en *propriété*, celui qu'elle choisirait avant son décès; *subsidiairement et à défaut d'élection*, César Timbrune.

» Si la dame de Valence avait pu choisir, la succession de son époux appartiendrait aujourd'hui à l'héritier qu'elle aurait désigné par son élection; mais elle lui appartiendrait à titre de *fidéicommis.*

» L'élection faite par la dame de Valence, était nulle par l'effet de la loi du 17 nivôse an 2 : les deux parties l'ont au moins regardée comme nulle, et les demandeurs la regardent encore aujourd'hui comme telle. Reste à savoir si les biens substitués ont été dévolus au sieur César Timbrune, comme vulgairement substitués à celui ou à ceux que la dame de Valence aurait pu choisir, et substitués, à titre de fidéicommis, à Marie-Honoré de Valence, seul héritier direct de son père.

» Il suffit de savoir que, dans l'ancienne législation, le testateur pouvait accorder le droit d'élection, non-seulement dans l'intention de faire nommer son héritier par un tiers, mais encore dans le seul dessein de faire désigner *par ce tiers* l'héritier qui serait appelé *à une Substitution fidéicommissaire.* Cette seule considération fera disparaître toute l'équivoque que les demandeurs ont faite, en confondant, à chaque moment, les deux rapports dans lesquels se trouvait le sieur César Timbrune, d'abord avec le testateur et son héritier direct, et ensuite avec ceux que la dame de Valence aurait pu choisir.

» Il nous sera maintenant plus facile de vous présenter le véritable état de la question, et d'apprécier les moyens employés par les demandeurs.

» Marie-Honoré de Valence, après avoir recueilli la succession de son père, dont il était devenu propriétaire en 1779, décéda au mois de juillet 1790. La dame de Valence jouit de cette succession en vertu du testament de son époux. Quels étaient, à la même époque, les droits du sieur César Timbrune?

» Si, en vertu de sa Substitution éventuelle et de la maxime *le mort saisit le vif*, le sieur César Timbrune a recueilli, à l'instant même,

la nue *propriété* des biens substitués, dont la dame de Valence n'avait en effet que l'usufruit, ou si au moins il a eu le *droit* de les recueillir, il paraît qu'on ne peut lui opposer, ni la loi du 14 novembre 1792, ni celle du 17 nivôse an 2, ni enfin son émigration.

» On ne peut *alors* lui opposer la loi du 14 novembre 1792, puisqu'elle n'a jamais eu d'effet rétroactif, et qu'en abolissant les Substitutions, elle n'a déclaré sans effet que celles qui ne seraient pas ouvertes à la publication de la loi. *Les Substitutions ouvertes lors de la publication du présent décret*, dit l'art. 3, *n'auront d'effet qu'en faveur de ceux seulement* qui *auront alors recueilli les* BIENS SUBSTITUÉS *ou le droit de les réclamer*; et vous sentez bien que, si l'usufruit accordé à la dame de Valence, empêchait le sieur Timbrune de recueillir la jouissance des biens substitués, celui-ci n'en aurait pas moins eu, en cas qu'il eût été appelé par une Substitution éventuelle, le droit d'en réclamer la propriété, sauf à la rendre dans le cas où la dame de Valence jugerait à propos d'exercer en faveur d'un autre le droit d'élection que lui avait donné son époux.

» Il paraît que, dans la même hypothèse, on invoquerait vainement contre le sieur Timbrune les dispositions de la loi du 17 nivôse an 2. L'art. 24 de cette loi ordonne, à la vérité, que *tous actes portant institution nominative d'un héritier, néanmoins subordonnée au cas où un tiers ne disposerait pas autrement des biens compris en la même institution, seront nuls et de nul effet à dater du 14 juillet 1789, si, à cette époque, le droit de l'institué n'était pas devenu irrévocable, soit par le décès du tiers, soit par transaction authentique passée avec lui.* Mais il est bien évident que cet article, en tant qu'il reporte ses dispositions à la date du 14 juillet 1789, est un de ceux dont l'effet rétroactif a été aboli par la loi du 3 vendémiaire an 4.

» En admettant par conséquent en principe, que le sieur César Timbrune ait eu le droit de réclamer les biens substitués à l'époque du 9 juillet 1790, il n'aurait perdu que *momentanément* l'effet de son droit; il y aurait été rétabli par les lois postérieures.

» Enfin, et en parlant toujours dans la même hypothèse, il paraît qu'on ne pourrait pas non plus opposer au sieur Timbrune les effets de son émigration, puisque l'arrêt attaqué pose en fait que son nom n'a été inscrit sur la liste des émigrés que le 26 mai 1792, et par conséquent vingt deux mois après le décès de Marie-Honoré de Valence, grevé de Substitution.

» Lui opposera-t-on l'élection faite depuis par la dame de Valence? Mais elle ne devait avoir son effet qu'après sa mort arrivée en l'an 6; et le codicille par lequel elle a voulu user de son droit, est du 12 thermidor an 5, époque à laquelle il n'était plus permis de faire une élection; et l'art. 7 de la loi du 18 pluviôse an 5 ne déclare valables que les élections faites par actes ayant date certaine avant la publication de la loi du 17 nivôse an 2.

» Il paraît donc qu'en dernière analyse, tout se réduit à la question de savoir si César Timbrune avait le droit de réclamer la nue propriété des biens substitués, à l'époque du décès de Marie-Honoré de Valence.

» On peut dire en faveur de cette opinion, que le droit d'élection donné à la dame de Valence, ne lui conférait pas la *propriété* des biens; que, d'après les dispositions formelles de son époux, elle n'en avait que la jouissance; que cependant il fallait bien que cette propriété appartînt à quelqu'un; et que tel est le sens et l'esprit de la maxime, *le mort saisit le vif*.

» Il y a mieux : les mêmes principes qui ont déterminé la cour (1) à maintenir les institutions *directes*, subordonnées au cas où un tiers ne disposerait pas autrement des biens compris dans la même disposition, ne semblent-ils pas suffire pour valider également une Substitution *fidéicommissaire* subordonnée *au même événement*, surtout lorsque le grevé de Substitution est décédé avant la loi du 17 nivôse an 2?

» Le droit commun ne reconnaît, sous ce rapport, aucune différence entre les deux espèces d'institution : elles sont toutes deux, ou pures et simples, ou conditionnelles. Les conditions (pour ne pas faire ici l'énumération de toutes les divisions dont elles sont susceptibles) les conditions sont affirmatives, ou négatives, et casuelles ou potestatives, ou mixtes; les potestatives sont, ou soumises à la volonté de l'héritier ou à celle d'un tiers; et nous ne connaissons pas de lois qui, sous aucun de ces différens rapports, ordonnent de traiter moins favorablement l'héritier fidéicommissaire appelé sous telle ou telle condition, que l'héritier direct appelé sous la même condition.

» Or, vous avez décidé, par un arrêt rendu le 17 pluviôse an 13, dans l'affaire de Guillaume Grailhe, que l'art. 24 de la loi du 17

(1) *V.* l'article *Choix*, §. 1.

nivôse an 2 n'a pu atteindre une institution *directe*, devenue *irrévocable* par la loi du 7 mars 1793, qui a aboli le droit de tester en ligne directe. Vous avez également décidé, le 13 thermidor suivant, en rejetant une demande en cassation formée par le sieur Grimal contre un arrêt de la cour d'appel d'Agen, que l'institution d'un héritier principal et direct, faite par un testament du 5 mai 1789, était devenue définitive, absolue et irrévocable, soit par le décès du testateur, arrivé en 1792, soit par la force de la loi du 7 mars 1793, qui avait enlevé à la mère survivante la faculté de *s'élire* un héritier *pour elle-même*, et par une conséquence nécessaire, celle d'en élire un *pour son mari* décédé antérieurement. Ne faut-il donc pas dire, avec les demandeurs, que la Substitution fidéicommissaire et éventuelle faite en 1778 en faveur du sieur César Timbrune, est également devenue irrévocable par l'effet de la loi du 5 brumaire an 2, qui a mis la dame de Valence dans l'impossibilité de faire une élection?

» Voilà, messieurs, le premier moyen des demandeurs. Nous croyons l'avoir proposé dans toute sa force, à cela près que les sieur et demoiselle de Sansac ont toujours soutenu que la Substitution de César Timbrune est une Substitution *directe et vulgaire*, tandis qu'il nous paraît incontestable qu'elle est *fidéicommissaire*.

» Voyons maintenant si ce moyen est fondé, s'il est applicable à l'espèce.

» Par les arrêts que nous venons de citer, vous avez décidé qu'entre descendans, l'institution directe, mais éventuelle, dont l'auteur était décédé avant 1789, est devenue irrévocable par la loi du 7 mars 1793, nonobstant le droit d'élection que le testateur avait donné à un tiers.

» Nous croyons devoir en conclure que la Substitution fidéicommissaire faite en faveur du sieur César Timbrune, est également devenue pure, simple et *irrévocable*, par cela seul que la loi du 5 brumaire an 2 avait mis la dame de Valence dans l'impossibilité de faire une élection.

» Jusque-là, nous sommes parfaitement d'accord avec les demandeurs. Nous allons même réduire leur système aux notions les plus simples et les plus élémentaires de la jurisprudence.

» Toute condition est censée *accomplie*, dès qu'il est certain que le contraire *n'arrivera pas* : telle est la disposition formelle de l'art. 1177 du Code civil, qui, sous ce rapport, n'a fait que consacrer les anciens principes.

» Or, depuis la publication de la loi du 7 mars 1793, il n'était plus permis de faire une élection en ligne *directe*; elle était nulle en ligne *collatérale* depuis la loi du 5 brumaire an 2; par conséquent toutes les institutions *éventuelles* faites par des testateurs déjà décédés, sont devenues irrévocables à dater de la promulgation de ces deux lois.

» Nous accorderons aux demandeurs que la différence dans *les lignes* ne peut pas en mettre dans les principes ni dans leur application; et nous en inférerons, comme eux, que le même effet qui a été produit pour les unes par la promulgation de la loi du 7 mars 1793, doit être attribué aux autres depuis la publication de la loi du 5 brumaire an 2; qu'ainsi, la Substitution fidéicommissaire de César Timbrune, devenue *irrévocable* par la loi du 5 brumaire an 2, n'a pu être annulée, ni par l'art. 24 de la loi du 17 nivôse an 2, ni par l'élection faite en l'an 5 par la dame de Valence, qui avait choisi les filles du plus proche héritier *ab intestat*, c'est-à-dire, de M. le comte de Valence.

» Mais on nous accordera également, dans le propre système des demandeurs, que cette irrévocabilité ne date que du 5 brumaire an 2. On nous accordera par conséquent aussi que le sieur Timbrune n'avait pas encore un droit irrévocable à la succession du sieur Emmanuel de Valence, le 9 juillet 1790, époque de l'ouverture de la Substitution fidéicommissaire; qu'il n'en avait aucun le 14 novembre 1792, époque à laquelle la loi a aboli les Substitutions fidéicommissaires; enfin, qu'il n'en avait aucun au mois de mai précédent, époque à laquelle son nom fut inscrit sur la liste des émigrés, puisque toutes ces époques sont antérieures *à l'accomplissement de la condition*.

» Il ne nous reste par conséquent que trois questions à examiner :

» La première, si l'accomplissement de la condition, opéré par la promulgation de la loi du 5 brumaire an 2, peut avoir un effet rétroactif, de sorte que, nonobstant les changemens survenus, soit dans l'état de l'héritier substitué, soit dans la législation sur les Substitutions fidéicommissaires, César Timbrune soit censé avoir eu le droit de réclamer les biens substitués, à dater du 9 juillet 1790;

» La seconde, si la nation, qui a succédé aux droits de César Timbrune, émigré, est censée avoir recueilli *d'abord*, et restitué *depuis* aux héritiers de César Timbrune *am-*

nistié, les biens compris dans la Substitution;

» La troisième, enfin, si la Substitution de César Timbrune doit être assimilée à une Substitution pure et simple, et cela parceque la condition à l'accomplissement de laquelle elle était subordonnée, est une condition négative-potestative.

» Et d'abord, peut-on dire que l'accomplissement de la condition a eu un effet rétroactif, de manière que César Timbrune soit censé avoir eu le droit de réclamer les biens substitués, à dater du 9 juillet 1790?

» En matière de contrats, il est de principe que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté; et que, si le créancier meurt *avant l'accomplissement de la condition*, ses droits passent à son héritier. Telle était la règle du droit romain; telle est encore la disposition du Code civil, art. 1179.

» Mais l'héritier institué dont le droit de recueillir une succession, est subordonné à un événement quelconque, le transmet-t-il à ses héritiers, s'il meurt avant l'accomplissement de la condition, et sous ce rapport, peut-on appliquer aux dispositions à cause de mort, ce que l'art. 1179 du Code a décidé pour les contrats? Non, certainement non; c'est un principe trivial qu'en matière de succession testamentaire, la faculté d'accomplir la condition, n'importe qu'elle soit potestative, casuelle ou mixte, ne passe pas aux héritiers de celui à qui elle a été imposée. La loi *Sub diversa*, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, est décisive sur ce point.

» Il est vrai qu'en matière de dispositions à cause de mort, aussi bien qu'en matière de contrats, la condition accomplie a un effet rétroactif, et que l'héritier est censé avoir succédé dès le moment de l'ouverture de la succession; mais remarquons bien qu'il faut pour cela que l'héritier *ait été habile à succéder à l'époque de l'accomplissement de la condition.*

» Pour recueillir une succession à titre d'héritier fidéicommissaire, il faut avoir les *qualités* que les lois exigent pour la validité d'une institution directe : sous ce rapport, il n'y a pas la moindre différence entre ces deux espèces d'institution. Il faut également que l'héritier soit habile à succéder au moment de l'accomplissement de la condition : *In extraneis heredibus* (dit la loi 49, D. *de heredibus instituendis*), *illa observantur, ut sit cùm eis testamenti factio; et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius et cùm adibit hereditatem, esse debet cùm eo testamenti factio, sive purè, sive sub conditione, heres institutus sit.* Et c'est en conformité du même principe, que la loi 89, §. 4, D. *eod. tit.*, ajoute : *Si heres institutus, scribendi testamenti tempore, civis Romanus fuit, deindè ei aquâ et igni interdictum sit, heres fit, si, intrà illud tempus quo testator decessit, redierit, aut, si* SUB CONDITIONE *heres institutus est,* QUO TEMPORE CONDITIO EXISTIT.

» Le principe est donc bien constant : l'héritier fidéicommissaire ne peut recueillir les effets de la Substitution, à moins qu'il ne soit habile à succéder au moment de l'accomplissement de la condition.

» Dans notre espèce, la condition ne fut accomplie que par la promulgation de la loi du 5 brumaire an 2, qui mit la dame de Valence dans l'impossibilité de choisir un autre héritier; et vous voyez déjà qu'à cette époque, César Timbrune était inhabile à succéder, puisque, depuis le mois de mai 1792, son nom était inscrit sur la liste des émigrés, et que par conséquent il était mort civilement. Vous voyez également qu'à cette époque, il n'y avait plus de Substitutions fidéicommissaires, puisque la loi du 14 novembre 1792 les avait abolies.

» Nous savons bien que les art. 2 et 3 de cette loi ont admis une distinction entre les Substitutions ouvertes et non encore ouvertes lors de la publication de la loi; et nous ne dissimulerons point que celle dont il s'agit, était *ouverte* depuis le 9 juillet 1790, époque du décès de Marie-Honoré de Valence. Mais les Substitutions ouvertes lors de la publication de la loi, n'ont été maintenues qu'en faveur de ceux qui avaient alors recueilli les biens substitués, ou qui avaient *le droit de les réclamer.*

» Or, le 14 novembre 1792, César Timbrune n'avait pas encore recueilli les biens substitués; il n'avait pas non plus le droit de les réclamer, d'abord parceque son nom était inscrit sur la liste des émigrés; en second lieu, parceque la condition de la Substitution fidéicommissaire n'était pas accomplie à cette époque. Donc la Substitution avait *perdu son effet*, et la succession était dévolue aux héritiers *ab intestat* de Marie-Honoré de Valence, sauf l'usufruit qui appartenait à la mère du défunt.

» Mais, nous dira-t-on, si la république a pu recueillir les droits de M. le comte de Valence, dont le nom était, à la même époque, inscrit sur la liste des émigrés, pourquoi n'aurait-elle pas également recueilli les droits de César Timbrune; et si M. le comte de

Valence veut comprendre la succession de Marie-Honoré de Valence dans le nombre des biens qui lui ont été restitués par l'effet de son amnistie, pourquoi les sieur et demoiselle de Sansac ne diraient-ils pas avec le même droit, que la nation a recueilli pour le sieur Timbrune et qu'elle leur a fait restitution de ses droits, dès que le gouvernement lui a accordé son amnistie?

» Vous voyez que c'est ici le lieu de discuter la seconde question que nous nous sommes proposée, celle de savoir, si la nation qui a succédé aux droits du sieur Timbrune, est censée avoir recueilli *d'abord* et restitué *depuis* aux sieur et demoiselle de Sansac les biens substitués dont il s'agit?

» Déjà, par votre arrêt du 18 floréal an 13, rendu au rapport de M. Target, dans l'affaire de Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre, vous avez décidé que, pour pouvoir demander les biens substitués, il faut que les appelés aient *eu* et qu'ils aient *conservé* le droit de les réclamer jusqu'au jour de la publication du décret du 14 novembre 1792, et que tel est le sens et l'esprit de la loi. Vous avez également décidé que Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre, inscrit, le 21 novembre 1792, sur la liste des émigrés du district de Neufchâteau, ne pouvait dater de *cette époque* celle de son émigration; que le fait de l'émigration était nécessairement antérieur à son inscription sur la liste, au moins de *plusieurs jours*, et par conséquent antérieur à l'époque de la publication du décret du 14 novembre 1792; d'où vous avez conclu que, banni à perpétuité du territoire de la république, par le décret du 23 octobre précédent, il n'avait plus, le 14 novembre, le droit de réclamer les biens substitués.

» Il est pourtant aisé de concevoir que la position de Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre était infiniment plus avantageuse que celle des sieur et demoiselle de Sansac.

» La Substitution de Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre était pure et simple; son effet n'était suspendu que jusqu'à la mort de Stanislas de Clermont-Tonnerre, décédé *le 10 août* 1792.

» Gaspard-Paulin avait donc incontestablement le droit de recueillir les biens substitués, à compter du 10 *août* 1792, époque à laquelle il n'*était pas émigré*, à laquelle les Substitutions fidéicommissaires avaient encore leur effet; son droit n'était pas subordonné à un événement quelconque; il ne tenait qu'à lui de réclamer, à l'instant, la délivrance des biens substitués.

» Aussi, en portant la parole sur cette affaire, avons-nous dit à l'appui du recours en cassation, que, si, pour recueillir aujourd'hui le fruit d'une Substitution ouverte le 10 août 1792, il fallait que l'héritier fidéicommissaire eût conservé *le droit de réclamer les biens substitués*, jusqu'à l'époque de la publication du décret du 14 novembre suivant, il suffisait de dire en faveur du réclamant, que le nom de Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre n'avait été porté sur la liste des émigrés, que le 21 novembre 1792, et par conséquent postérieurement à la publication du décret abolitif des Substitutions; qu'en admettant même que le fait de son émigration fût antérieur à cette époque, et que le bannissement prononcé par la loi du 23 octobre 1792, contre les émigrés, emportât par lui-même la *mort civile* et la confiscation des biens, il n'en était pas moins vrai que Gaspard-Paulin de Clermont-Tonnerre avait droit de réclamer les biens substitués antérieurement à son émigration; que ce droit lui était irrévocablement acquis; qu'il lui donnait la *propriété des biens substitués*; que ce droit était nécessairement compris dans la masse de ses biens acquis à la république par le fait de son émigration; qu'à dater du jour de son émigration, il avait passé entre les mains de la nation; et qu'il était également compris dans le nombre des biens que le gouvernement lui avait restitués depuis son amnistie.

» Mais aucune de ces considérations n'a fixé l'attention de la cour. En point de fait, elle a pensé que l'émigration était nécessairement antérieure de plusieurs jours à la date de l'inscription sur la liste; et, en point de droit, que la succession fidéicommissaire ouverte le 10 août précédent, n'avait jamais appartenu à la nation; qu'elle appartenait à l'héritier du dernier possesseur du fidéicommis.

» Dans les circonstances particulières de l'espèce actuelle, la question ne présente aucune difficulté semblable.

» Il est vrai que la succession était *ouverte depuis le 9 juillet* 1790; mais nous allons établir, sur la troisième question, qu'à cette époque, le sieur César Timbrune n'avait aucun *droit de réclamer les biens substitués*, puisque la Substitution était subordonnée à un événement alors incertain, et que par conséquent son *droit de réclamer* ne date que du jour de la publication de la loi du 5 brumaire an 2.

» Il n'en avait donc *aucun*, le 14 novembre 1792, ni antérieurement à cette époque, non-seulement à cause de *son émigration*,

mais surtout parceque la Substitution faite en sa faveur, n'était que *conditionnelle* et *éventuelle*, et que la condition n'existait pas. La Substitution et l'accomplissement de la condition qui n'a eu lieu que le 5 brumaire an 2, n'ont donc pu profiter, ni à César Timbrune, ni à la nation comme ayant succédé à son droit : à César Timbrune, puisqu'il n'était pas habile à succéder; à la nation, puisque la confiscation ne pouvait comprendre que les biens et les droits *appartenans à l'émigré*.

» On nous opposera peut-être l'art. 3 de la loi du 28 mars 1793, qui, après avoir établi en principe, que *les effets de la mort civile dont la nation a frappé les émigrés, ne pourront être opposés à la république*, déclare qu'*à l'égard des successions échues aux émigrés en ligne directe et collatérale* DEPUIS *leur émigration, et de celles qui leur écheront* PAR LA SUITE, *elles seront recueillies par la république, pendant cinquante années, à compter du jour de la promulgation de la présente loi, sans que, pendant ledit temps, les co-héritiers puissent opposer la mort naturelle desdits émigrés;* et il résulte en effet des dispositions de cet article, que, si les émigrés étaient inhabiles à succéder en France; cette incapacité n'empêchait pas la république de se mettre à leur place et d'occuper les biens qui auraient dû leur échoir, s'ils n'avaient pas émigré.

» Nous répondrons que l'article cité n'est point applicable aux successions testamentaires, et moins encore aux Substitutions *conditionnelles*. Il n'est pas applicable aux successions testamentaires, puisqu'il ne parle que des successions *en ligne directe ou collatérale*, et par conséquent des successions *ab intestat*. A plus forte raison n'est-il pas applicable aux Substitutions conditionnelles, puisque la loi du 14 novembre 1792 a aboli indistinctement *et en faveur des grevés*, toutes les Substitutions *conditionnelles* dont la condition n'était pas encore accomplie à l'époque de sa promulgation.

» C'est dans le seul dessein d'annuler toutes les Substitutions ouvertes, à la vérité, mais qui dépendaient encore d'un événement incertain, que le législateur a déclaré, par l'art. 3 de la loi du 14 novembre 1792, que les Substitutions ouvertes à l'époque de sa promulgation, n'auraient d'effet qu'en faveur *de ceux seulement* qui auraient alors recueilli les biens substitués *ou le droit de les réclamer;* et la preuve de notre assertion est bien simple.

» L'article cité a prévu le cas où la Substitution serait *ouverte*, sans que cependant l'héritier fidéicommissaire eût recueilli les biens substitués, sans qu'il eût même le droit de les réclamer. Et tout le monde comprendra bien qu'une Substitution peut être ouverte, sans que l'héritier fidéicommissaire ait recueilli les biens substitués.

» Mais quel sera le cas où, nonobstant l'ouverture de la Substitution, on peut dire que l'héritier fidéicommissaire n'a pas même le droit de réclamer les biens compris dans la Substitution? Il n'y en a que *deux* : le premier, si l'héritier fidéicommissaire était inhabile à succéder : la Substitution est alors annulée en conformité des principes du droit commun et abstraction faite de la loi du 14 novembre 1792; le second, si l'effet de la Substitution était subordonné à un événement incertain : l'héritier fidéicommissaire n'a pas alors le droit de réclamer les biens substitués; il est tenu d'attendre l'événement de la condition.

» C'est donc dans ces deux cas que la loi du 14 novembre 1792 a déclaré nulles les Substitutions même ouvertes à cette époque; et César Timbrune se trouvait précisément dans ces deux cas : il était inhabile à succéder le 14 novembre; et la condition sous laquelle le sieur Emmanuel de Valence l'avait appelé aux biens substitués, n'était pas accomplie; la dame de Valence avait encore le droit de choisir un autre héritier.

» Ce *défaut d'accomplissement de la condition* aurait suffi pour exclure à jamais César Timbrune, à compter du 14 novembre 1792. Il est donc aisé de concevoir que l'art. 3 de la loi du 28 mars 1793 n'a pu conférer à la république, comme représentant César Timbrune, un droit que celui-ci avait déjà perdu en 1792, par le seul effet de la loi abolitive des Substitutions, abstraction faite de son émigration.

» Quand même il faudrait recourir à l'incapacité de César Timbrune, résultant de son émigration, pour établir que la Substitution faite en sa faveur, était devenue caduque, il ne s'ensuivrait pas encore que le bénéfice de la Substitution eût appartenu à la république, comme ayant succédé à ses droits, en conformité de l'art. 3 de la loi du 28 mars 1793 : 1° parceque cette loi est postérieure à celle du 14 novembre 1792, et qu'on ne peut lui attribuer d'effet rétroactif; 2° parceque la loi de 1793 ne parle que des successions *ab intestat*, qui pourraient échoir à un émigré depuis son émigration; 3° enfin, parceque la loi abolitive des Substitutions, est uniquement en *faveur des grevés* et *de leurs héri-*

tiers, quelle que soit la cause de leur abolition; et que par conséquent la république ne pouvait jamais en profiter. Ce principe résulte des art. 52 de la loi du 22 ventôse et 21 de la loi du 9 fructidor an 2.

» Il est donc démontré que César Timbrune a perdu les droits que lui avait conférés sa Substitution éventuelle; qu'il les a perdus *irrévocablement* avant la loi du 5 brumaire an 2, qui privait la dame de Valence de son droit d'élection; qu'après la promulgation de la loi du 14 novembre 1792, il n'est resté de cette Substitution que le droit d'élire donné à la dame de Valence; que ce droit a été anéanti, à son tour, par la loi du 5 brumaire an 2; qu'à dater de cette époque, la succession en nue propriété des biens délaissés par Emmanuel de Valence, a appartenu à ses plus proches parens, c'est-à-dire, à M. le comte de Valence, dont les filles avaient été appelées par la dame de Valence; que c'est en son nom, ou, pour mieux dire, comme ayant succédé à ses droits, que la nation s'en est emparée; que c'est à lui seul que ces biens ont été restitués, et que la république n'a jamais pu les considérer comme faisant partie des biens de César Timbrune; qu'en effet, ils n'en faisaient partie, ni au mois de mai 1792, époque à laquelle il fut inscrit sur la liste des émigrés, puisqu'à cette époque, il n'avait ni les biens ni le droit de les réclamer, faute d'accomplissement de la condition; ni le 14 novembre suivant, puisqu'à cette époque, la condition n'était pas encore accomplie; qu'enfin, ils ne sont passés dans le domaine de l'État comme représentant César Timbrune, ni par l'effet de la loi du 28 mars 1793, la condition n'existant pas encore, ni par l'effet de la loi du 5 brumaire an 2, puisque cette loi n'a ni pu ni voulu faire revivre une Substitution anéantie depuis le 14 novembre 1792.

» Il ne nous reste plus qu'une seule question à discuter, celle de savoir si l'on ne doit pas considérer la Substitution de César Timbrune comme *pure et simple*, et comme ayant produit son effet, à compter du 9 juillet 1790, sauf à la dame de Valence de la révoquer par l'effet de son élection : en d'autres termes, la condition sous laquelle fut appelé le sieur Timbrune, était-elle *suspensive* ou *résolutoire?*

» Vous vous rappelez quelle a été, sur ce point de difficulté, l'opinion de la cour d'appel de Toulouse : elle a décidé que la condition apposée à la Substitution, étant conçue en termes négatifs, elle en faisait dépendre l'effet d'un événement incertain confié à la volonté d'un tiers, savoir, si la veuve ne faisait pas une élection contraire à la Substitution; et que par conséquent c'était une condition *suspensive*, suivant Furgole; et c'est en effet de cette question que dépend, en dernière analyse, l'admission ou le rejet du recours en cassation.

» Si vous pensez, avec la cour d'appel, que la condition était *suspensive*, vous adopterez, par cela seul, tous les argumens que nous avons développés jusqu'à présent sur la première et la deuxième question.

» Si vous pensez au contraire qu'elle était *résolutoire*, vous en conclurez nécessairement que le sieur Timbrune avait le droit de réclamer les biens substitués, à compter du 9 juillet 1790; et que, s'il n'a pas *conservé personnellement* la nue propriété qui en résulte, il n'y a aucune loi qui eût pu être opposée, à cette époque, aux administrateurs des domaines pour les exclure du *droit de s'emparer de cette propriété* après l'émigration de César Timbrune, et s'y maintenir même après la loi abolitive des Substitutions.

» Aussi les sieur et demoiselle de Sansac se sont-ils attachés à établir que la Substitution de César Timbrune était pure et simple, mais résoluble par une élection contraire de la dame de Valence.

» Mais nous nous perdrions dans un nouveau dédale de questions, les unes plus étrangères à l'affaire que les autres, si nous voulions répondre à tous les argumens des demandeurs, dont aucun n'aborde la question.

» Tantôt on a confondu les actes entre-vifs avec les dispositions à cause de mort; et cependant personne n'ignore que les conditions apposées aux uns, sont régies par des principes bien différens de ceux qui règlent les conditions apposées aux autres.

» Tantôt, on a voulu mettre un jurisconsulte aussi justement célèbre que Furgole, en opposition avec lui-même, et on a oublié que la distinction qu'il adopte entre les conditions *négatives* dépendantes *de l'héritier*, et les conditions soumises à la volonté *d'un tiers*, rentre dans les notions les plus élémentaires de la jurisprudence; et qu'elle fait la base de tout ce que le droit romain a statué sur la caution mutienne.

» Enfin, on a confondu les époques : on a dénaturé la question, et pour lui appliquer les arrêts que vous avez rendus dans l'affaire de Grailhe et celle de Grimal, on a oublié les circonstances et même la question sur lesquelles ils ont été rendus.

» Le moyen le plus simple de répondre à

toutes ces objections, est d'établir que la cour d'appel de Toulouse a jugé conformément à la loi, en regardant comme *suspensive* la condition dont il s'agit; qu'elle ne pouvait pas juger autrement; et que son arrêt n'est en rien, contraire à ceux que vous avez rendus dans les deux affaires citées.

» Suivant les demandeurs, on permet à l'héritier institué sous une condition *négative*, de se mettre en possession de la succession; et on ne prend contre lui d'autre précaution que de l'assujétir à une caution appelée *mutienne*, du nom de celui qui en avait eu le premier l'idée.

» Sans contester le principe, la cour d'appel de Toulouse a jugé qu'il n'est applicable qu'aux *conditions négatives-potestatives dépendantes de l'héritier*, et qu'il ne l'est nullement à celles qui sont soumises à la volonté d'un tiers; et telle est en effet la disposition textuelle de la loi, tels sont les principes sur lesquels il n'y a qu'une seule voix.

» Et d'abord, il est bien constant que la condition dont il s'agit, est *suspensive* par sa nature. Le testateur n'a pas dit : *Le sieur César Timbrune sera, après le décès de mon fils, mon héritier fidéicommissaire; mais il cessera de l'être dès que mon épouse en aura choisi un autre;* il a dit : *et où ma chère épouse décéderait avant que mon fils ait atteint sa puberté, ou même qu'elle décéderait sans avoir usé du droit d'élection que je lui ai donné, je veux que, dans le cas où il était permis à ma chère épouse d'élire, l'élection ait lieu en faveur de César Timbrune, mon cousin germain, que j'appelle par Substitution pupillaire ou fidéicommissaire pour recueillir mon entière succession;* et ce sont bien là les termes dans lesquels on exprime les conditions suspensives.

» Or, la règle est que l'héritier et le légataire appelés sous une condition, quand même elle serait potestative, n'ont, ni le droit de réclamer la succession ou la chose léguée, avant que la condition soit accomplie, ni celui de la transmettre à leurs héritiers, s'ils décèdent avant son accomplissement.

» Telle est la disposition de la loi 6, §. 2, D. *Quandò dies legatorum : sed si sub conditione sit legatum relictum, non priùs dies legati cedit, quàm conditio fuerit impleta, nequidem si ea sit conditio quæ in potestate sit legatarii;* et les demandeurs en conviennent; mais ils prétendent qu'il n'est pas exact de dire que les conditions *négatives* empêchent l'exécution de la disposition qui en est l'objet, jusqu'à l'arrivée de l'événement; ils soutiennent qu'il est permis à l'héritier institué sous une condition *négative*, de se mettre en possession de la succession, et qu'on ne prend contre lui d'autre précaution que de l'assujétir à donner la *caution mutienne.*

» Le seul reproche qu'on puisse faire à cette observation, est qu'elle ne dit pas *toute* la vérité.

» Les conditions suspensives sont, il est vrai, ou affirmatives ou négatives; et les dispositions de la loi 5, §. 2, D. *quandò dies legatorum*, indistinctement applicables aux conditions affirmatives, ne le sont pas toujours aux conditions négatives; mais c'est une erreur bien grave que de prétendre qu'il suffit que la condition soit *négative*, pour que l'héritier soit admis à se mettre en possession en donnant caution.

» Les conditions ne donnent lieu à la caution mutienne, que lorsqu'elles sont de telle nature, qu'il est impossible de les regarder comme accomplies avant la mort de l'héritier ou du légataire : *In omnibus conditionibus quæ morte legatariorum finiuntur* (dit la loi 73, D. *de conditionibus et demonstrationibus*), *receptum est ut cautio mutiana interponatur.*

» De là, la distinction entre les conditions négatives-potestatives dépendantes de la volonté de l'héritier ou du légataire, et celles qui dépendent de la volonté d'un tiers.

» Lorsque l'accomplissement d'une condition négative-potestative dépend de la volonté d'un tiers (et telle est sans doute la condition à laquelle Emmanuel de Valence avait subordonné la Substitution fidéicommissaire de César Timbrune), elle peut être accomplie du vivant de l'héritier ou du légataire, par le décès du tiers qui le mettra dans l'impossibilité de contrevenir à la condition. Dans ce cas, l'héritier n'est donc pas admis à se mettre en possession de l'hérédité en donnant caution; il est tenu d'attendre l'événement, et la condition conserve tous les effets d'une condition suspensive. Dans ce cas, la caution mutienne ne peut avoir lieu, parce qu'il peut arriver que la condition soit remplie du vivant de celui à qui le fidéicommis est laissé : *Mutianæ cautionis exemplum locum habere non potuit* (dit la loi 72, §. 2, D. *de conditionibus et demonstrationibus*), *quoniam vivo eo cui relictum est fideicommissum, impleri conditio potuit.* Telle est, non-seulement la doctrine de Furgole, mais de tous ceux qui, avant ou après lui, ont enseigné les premiers élémens du droit commun : elle n'a jamais fait le sujet de la plus légère difficulté.

» Mais, disent les demandeurs, la cour a

jugé le contraire dans l'affaire de Grailhe et dans celle de Grimal.

» Nous répondrons que ces deux espèces n'ont rien de commun avec la nôtre.

» Dans l'affaire de Grailhe, comme dans celle de Grimal, il s'agissait de savoir si l'institution éventuelle d'un héritier subordonnée à la condition qu'un tiers n'en choisirait pas un autre, faite avant la loi du 17 nivôse an 2, était annulée par le seul effet de l'art. 42 de cette même loi; et la cour a adopté la négative : elle a décidé que, loin d'être annulée, une institution de cette nature était devenue irrévocable, parceque le tiers avait été mis dans l'impossibilité d'exercer son droit d'élection.

» Nous admettons le même principe; nous dirons même que, par la loi du 5 brumaire an 2, la Substitution fidéicommissaire de César Timbrune, si elle eût encore existé à cette époque, serait devenue irrévocable; et que, depuis cette époque, la dame de Valence n'avait plus le droit de faire une élection contraire. Mais suffit-il donc, pour réclamer une succession, que le testament sur lequel on veut fonder sa demande, soit irrévocable?

» Ordinairement, et abstraction faite de la faculté d'élire donnée à un tiers, tout testament est irrévocable par le décès du testateur : s'ensuit-il que l'héritier institué a toujours le droit de réclamer la succession à l'instant même où elle est ouverte?

» Pour intenter avec succès la pétition d'hérédité en vertu d'un testament, il faut encore que l'héritier institué ou substitué ait été habile à succéder au moment où la condition s'est accomplie; la maxime, *le mort saisit le vif*, n'en dispense pas, comme elle n'empêche pas de nommer un héritier sous une ou plusieurs conditions suspensives.

» Or, les sieurs Grailhe et Grimal étaient habiles à succéder au moment de l'accomplissement de la condition; le Sieur César Timbrune ne l'était pas. Les sieurs Grailhe et Grimal étaient institués héritiers directs; le sieur Timbrune était seulement héritier fidéicommissaire, et les Substitutions fidéicommissaires étaient abolies avant l'accomplissement de la condition. Voilà, messieurs, la différence entre ces espèces.

» L'institution de Grailhe et celle de Grimal ont été maintenues, parceque les héritiers légitimes, en les attaquant, ne se fondaient que sur l'art. 24 de la loi du 17 nivôse an 2. La Substitution fidéicommissaire et éventuelle faite en faveur du sieur César Timbrune, a été annulée, non pas par application de cet art. 24, mais parceque, par un changement d'état, par son émigration et par la mort civile qui en était l'effet, César Timbrune était devenu inhabile à succéder, et surtout parceque les Substitutions fidéicommissaires étaient abolies avant l'accomplissement de la condition, avant que l'héritier fidéicommissaire eût eu le droit de réclamer les biens substitués.

» Dans cet état, il est facile de répondre aux moyens de cassation que les demandeurs proposent.

» Le premier est tiré d'une prétendue contravention à l'art. 1er de la loi du 18 pluviôse an 5, qui veut que les dispositions irrévocables de *leur nature*, et antérieures à la loi du 17 nivôse an 2, aient leur plein et entier effet, conformément aux anciennes lois.

» Mais en supposant que cet article comprenne même les *Substitutions fidéicommissaires*, ce que personne ne prétendra sans doute, il suffira de dire que César Timbrune a été repoussé par les anciennes lois, qui, pour la validité d'une institution conditionnelle, exigent que l'héritier (direct ou fidéicommissaire, il n'importe) soit habile à succéder au moment de l'accomplissement de la condition.

» Le second moyen est tiré d'une prétendue fausse application de la loi du 14 novembre 1792. Les demandeurs prétendent d'abord que l'institution de César Timbrune n'était pas une Substitution fidéicommissaire; nous avons établi le contraire. Ils soutiennent, en second lieu, qu'à l'époque de la publication de la loi du 14 novembre 1792, César Timbrune avait le droit de réclamer les biens substitués.

» Mais 1° ils ont oublié que, depuis le mois de mai précédent, son nom était inscrit sur la liste des émigrés, et que, mort civilement, il ne pouvait pas avoir le droit de réclamer en France l'effet d'une Substitution; 2° ils ont oublié que, le 14 novembre 1792, le droit d'élire donné à la dame de Valence, subsistait toujours; que par conséquent la Substitution n'était que conditionnelle; que la condition était suspensive, et qu'en matière de dispositions à cause de mort, l'héritier direct ou fidéicommissaire n'a ni droit qu'il puisse transmettre à ses héritiers, ni action qu'il puisse exercer avant l'accomplissement de la condition.

» Enfin, le troisième moyen a été tiré d'une prétendue fausse application de l'art. 23 de la loi du 17 nivôse an 2.

» Mais cet article n'a été appliqué que pour établir la nullité de l'élection faite en l'an 5, par la dame de Valence; et, sous ce rapport, il a été justement appliqué; l'exclusion de César Timbrune est fondée sur d'autres prin-

cipes qu'il est inutile de répéter, sur son incapacité au moment de l'accomplissement de la condition, et sur l'abolition des Substitutions fidéicommissaires.

» Nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la demande en cassation, et de condamner les sieur et demoiselle de Sansac à l'amende ».

Par arrêt du 23 mai 1808, au rapport de M. Pajon,

« Attendu, 1° que le système de la cassation proposée repose sur une erreur de droit de toute évidence, en ce que l'on prétend que César Timbrune fut appelé à la succession d'Emmanuel de Valence par une institution précise, directe et absolue, qui l'aurait saisi de droit de cette succession à la mort d'Honoré-Marie de Valence, tandis que, d'après les termes positifs du testament d'Emmanuel de Valence, César Timbrune ne fut véritablement appelé à cette succession que par voie de Substitution pupillaire ou fidéicommissaire, dans le cas où la veuve dudit Emmanuel de Valence n'aurait pas usé du droit d'élection qu'il lui conférait; d'où il suit qu'on ne peut appliquer à la cause les arrêts rendus dans les affaires *Grailhe* et *Grimal*, dans lesquelles ne se rencontrait point cette circonstance particulière, et qui ont dû par conséquent être jugées par d'autres principes;

» Attendu 2° que la Substitution à laquelle était appelé César Timbrune, n'était pas devenue pour lui un titre irrévocable, à l'époque où la veuve d'Emmanuel de Valence fut privée du droit d'élire par l'effet des lois des 5 brumaire et 17 nivôse de l'an 2, soit parceque le substitué n'est jamais saisi de plein droit, soit parceque le sort de la Substitution dont il s'agissait, dépendait de l'événement d'une condition suspensive de sa nature, soit enfin parceque, avant que cette condition fût accomplie ou eût défailli, déjà était intervenue la loi de 1792, qui avait aboli les Substitutions, et avait fait, par conséquent, rentrer les biens substitués dans la succession *ab intestat* d'Honoré-Marie de Valence, en faisant cesser l'expectative de César Timbrune, par l'effet de leurs dispositions;

» D'où il suit que l'arrêt attaqué n'a fait qu'une juste application de ces lois, et n'a pu violer, par conséquent, ni l'art. 1er de celle du 18 pluviôse an 5, ni l'art. 24 de celle du 17 nivôse de l'an 2;

» La cour rejette le pourvoi..... ».]]

SECTION IX. *De quel usage sont les conjectures en matière de fidéicommis? Quelles sont celles que l'ordonnance de 1747 a proscrites, et celles qu'elle a laissé subsister?*

I. La volonté de celui qui dispose, est la loi suprême dans les fidéicommis. *Voluntas defuncti in fideicommissis maximè valet*, dit la loi 95, D. *de legatis* 3°.

Telle est la règle générale : nous la suivons comme les Romains; mais, s'il en faut croire quelques interprètes, elle avait à Rome plus d'étendue que parmi nous; et il faut convenir que bien des textes semblent justifier cette assertion. La loi 7, C. *de fideicommissis*, laisse entièrement à l'arbitrage du juge la question de savoir si l'intention de faire un fidéicommis, est suffisamment annoncée. Les lois 64, D. *de legatis* 2°, et 57, §. 1, D. *ad Trebellianum*, portent la même chose; et la première en donne cette raison : c'est, dit-elle, qu'il ne s'agit, en cette matière, que de *chercher une volonté purement précaire*.

Mais ces textes autorisent-ils indistinctement toutes sortes de conjectures, ou doit-on, comme le pense Ricard (*Traité des Substitutions*, n° 393), les restreindre à ces *conjectures violentes* qui font *connaître clairement que la volonté du testateur a été* de substituer fidéicommissairement?

Ce dernier parti est sans doute le plus raisonnable; et l'on ne pourra s'empêcher d'en convenir, si l'on fait attention que les fidéicommis, quoique favorables sous un certain aspect, renferment toujours des charges onéreuses, et que jamais une charge ne s'établit par de légères conjectures.

Aussi l'art. 17 de l'édit perpétuel de 1611 a-t-il confirmé expressément cette opinion. » Pour obvier (porte-t-il) à toutes disputes que » souventes fois adviennent en ces matières de » Substitutions et fidéicommis, nous chargeons » ceux qui en veulent user, ès lieux où les » biens sont de libre disposition, d'expliquer » clairement par l'instrument qu'ils en feront » dresser, leurs volontés et intentions, les- » quelles voulons être ponctuellement sui- » vies ».

Il eût été à souhaiter que cette loi, particulière à la Belgique, eût été étendue, dès le principe, à toute la France : elle eût empêché bien des contestations, qui, pendant près d'un siècle et demi, ont produit une foule d'arrêts diversifiés de toutes les manières, et avec eux la ruine d'une infinité de familles. Le parlement de Paris est presque le seul tribunal du royaume, qui, sans reconnaître la décision des législateurs belges pour loi, s'est toujours tenu ferme dans l'extension qu'il avait cru

devoir en faire, comme raison écrite, aux différentes provinces de son ressort.

II. *Enfin d'Aguesseau vint*, et, par le préambule de l'ordonnance de 1747, il annonça ouvertement que le vœu du législateur qui s'exprimait par son organe, était de proscrire toutes les Substitutions purement conjecturales. « Notre application (ce sont ses termes) » *à prévenir toutes les interprétations arbi-* » *traires* par des règles fixes et uniformes, » ne servira qu'à faire respecter encore plus » la volonté des donateurs et testateurs, *en* » *les obligeant seulement à les expliquer d'une* » *manière plus expresse* ».

L'ordonnance n'est pas entrée dans le détail des conjectures qu'elle avait en vue de rejeter en cette matière: une opération aussi étendue ne pouvait pas s'allier avec la simplicité nécessaire à une loi. Mais elle nous a proposé deux exemples, par lesquels on peut juger de son esprit général.

Le premier est relatif aux enfans placés dans la condition. Les descendans des grevés avaient toujours paru si favorables, que les archiducs Albert et Isabelle, malgré la décision contraire de plusieurs lois romaines, malgré même leur éloignement manifeste pour les Substitutions conjecturales, avaient déclaré, par l'art. 18 de leur édit perpétuel, que les enfans mis dans la condition, seraient à l'avenir censés dans la disposition, et conséquemment appelés immédiatement après leur père (1). Mais l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 19, en a décidé tout autrement. Voici ses termes: « Les enfans qui ne seront point ap- » pelés expressément à la Substitution, mais » qui seront seulement mis dans la condition, » sans être chargés de restituer à d'autres, ne » seront, en aucun cas, regardés comme étant » dans la disposition, encore qu'ils soient » dans la condition en qualité de mâles, que » la condition soit redoublée, que les grevés » soient obligés de porter les nom et armes » de l'auteur de la Substitution, et qu'il y ait » prohibition de faire détraction de la quarte » trébellianique, ou qu'il se trouve des con- » jectures tirées d'autres circonstances, telles » que la noblesse et la coutume de la famille, » ou la qualité et la valeur des biens substi- » tués, ou autres présomptions, à toutes les- » quelles nous défendons d'avoir aucun égard, » à peine de nullité ».

Le deuxième exemple concerne la représentation. Voici ce que porte là-dessus l'art. 21 du titre cité: « La représentation n'aura point » lieu dans les Substitutions, soit en directe » ou collatérale, et soit que ceux en faveur » de qui la Substitution aura été faite, y » aient été désignés en particulier, et nommés » suivant l'ordre de la parenté qu'ils avaient » avec l'auteur de la Substitution; le tout à » moins qu'il n'ait ordonné, par une disposi- » tion expresse, que la représentation y aurait » lieu, ou que la Substitution serait déférée » suivant l'ordre des successions légitimes ». (*V.* l'article *Représentation*, sect. 4, §. 6, n° 2).

» Il ne faut pourtant pas conclure de ces dispositions, ni du préambule de l'ordonnance qui les renferme, que le législateur ait eu l'intention de condamner toutes les conjectures que le droit romain autorisait en cette matière. Non; dans notre jurisprudence actuelle comme dans le droit romain, soit qu'il s'agisse d'admettre ou d'étendre un fidéicommis, la preuve par induction est admissible; et cette preuve doit être censée faite, toutes les fois que l'induction est évidente et inévitable. C'est ce que l'ordonnance établit elle-même dans le premier des exemples cités, puisqu'elle veut que les enfans placés dans la condition, soient regardés comme appelés (quoiqu'ils ne le soient pas littéralement) dans tous les cas où ils sont chargés de restituer à d'autres. On sent en effet qu'ils ne pourraient pas faire cette restitution, s'ils n'avaient recueilli eux-mêmes: *nemo oneratus nisi honoratus.*

III. Au reste, il faut bien prendre garde que, si l'édit perpétuel de 1611 et l'ordonnance de 1747 rejettent les conjectures en matière de Substitution, « ce n'est qu'autant » qu'il s'agit de la formation ou de l'exten- » sion du fidéicommis même. Quant aux » autres cas où il faut interpréter la volonté » du substituant, sans qu'il soit question de » supposer ni d'étendre le fidéicommis, la » règle ancienne subsiste: *voluntatis quæs-* » *tio in æstimatione judicis est* ». Cette observation est due à Thevenot d'Essaule, *Traité des Substitutions*, chap. 12, §. 4.

Nous reviendrons encore sur les Substitutions conjecturales, dans la sect. 10, §. 4 et 7.

SECTION. X. *Des diverses sortes de Substitutions fidéicommissaires.*

On peut en général distinguer six sortes

(1) Cet article est ainsi conçu: « Et advenant qu'ils » y ordonnent quelque Substitution au profit de » quelqu'un, lors et si avant que le premier subs- » titué viendrait à décéder sans enfans, que plusieurs » ont tenu être mots conditionnels et ambigus, cau- » sant grande dispute et diversité d'opinions; nous, » pour y mettre fin, déclarons qu'au cas susdit, » tels enfans mis en condition s'entendront être ap- » pelés après leur père, qui par conséquent ne pourra » aliéner les biens ».

de fidéicommis : le *pur*, le *conditionnel*, le *simple*, le *graduel*, le *particulier* et l'*universel*.

Il n'est point de fidéicommis qui ne tombe dans l'une de ces six classes; mais il s'en rencontre souvent qui ont en outre des caractères qui leur sont particuliers.

Ainsi, après avoir parcouru les six espèces générales, nous parlerons encore de la Substitution *réciproque*, de la Substitution *compendieuse*, de la Substitution *de ce qui restera*, de la Substitution *de la famille*, de la Substitution *de celui de la famille que le grevé aura choisi*, de la Substitution *linéale* et de la Substitution *masculine*.

Nous ne dirons rien de la Substitution *officieuse*, parcequ'il en est déjà parlé sous le mot *Exhérédation*.

§. I. *Caractère et effets du fidéicommis pur.*

I. On appelle fidéicommis *pur*, celui qui n'est suspendu par aucune condition, qui s'ouvre aussitôt que l'acte dans lequel il est écrit commence d'exister avec effet, et qui par conséquent est, dès-lors, transmissible à l'héritier du substitué, si celui-ci vient à décéder avant d'en avoir obtenu la délivrance.

Telle serait, aux termes du droit romain, une disposition ainsi conçue : « Je fais Pierre » mon héritier, et je le charge de rendre ma » succession à Antoine ». Il y en a un exemple dans la loi 41, §. 14, D. *de legatis 3°*.

Mais, parmi nous, ce fidéicommis serait-il pur?

[[Cette question a été agitée, avec plusieurs autres, dans l'espèce suivante.

Le 6 janvier 1792, Joseph Arboré, se qualifiant de *Français, né à Sainte-Marie, département des Basses-Pyrénées, demeurant ordinairement à Cadix, de présent à Paris, logé hôtel d'Angleterre, rue Coq-Héron*, fait, devant notaires, un testament par lequel, après avoir institué, pour sa légataire universelle, la demoiselle Goyenèche, sa nièce, il fait au célèbre abbé Raynal un legs de 30,000 livres, *dont je l'engage*, dit-il, *à disposer en faveur de madame de Kercado, sa nièce*. Par une autre disposition, il nomme pour ses exécuteurs testamentaires, l'abbé Raynal, le sieur Etchégoyen et le sieur Corsange. Il meurt le 6 février de la même année.

Le 10 janvier et le 28 juin 1793, la légataire universelle et les exécuteurs testamentaires obtiennent, au tribunal de première instance du deuxième arrondissement de Paris, des jugemens par défaut contre les héritiers, qui ordonnent l'exécution du testament, et font délivrance des legs qui y sont contenus.

Après la publication de la loi du 17 nivôse an 2, et en vertu de ses dispositions rétroactives, par lesquelles sont annulées toutes les dispositions du testament du sieur Arboré, les sieurs Bernède, héritiers de celui-ci, font citer ses exécuteurs testamentaires devant le juge de paix de la section de Guillaume Tell, dans l'étendue de laquelle il est décédé, à l'effet de convenir d'arbitres pour statuer sur la demande qu'ils déclarent former en reddition de compte de toute la succession.

Le sieur Etchégoyen comparaît seul sur cette citation, et nomme des arbitres. Les sieurs Bernède en nomment également de leur côté.

Le 25 vendémiaire an 3, jugement qui donne acte de ces nominations, et déclare d'office que celle du sieur Etchégoyen vaudra pour ses co-exécuteurs testamentaires défaillans.

Les sieurs Raynal et Corsange se pourvoient contre ce jugement en réglement de juges et subsidiairement en cassation, sur le fondement que la succession du sieur Arboré ne s'est pas ouverte à Paris, mais à Cadix.

Le 29 frimaire an 3, arrêt de la cour de cassation qui rejette la demande en réglement de juges, et admet la requête en cassation.

En vertu de cet arrêt, les héritiers sont assignés devant la section civile.

Le 16 ventôse an 4, l'abbé Raynal meurt, sans avoir touché son legs de 30,000 livres, et sans en avoir disposé au profit de la dame de Kercado.

Le 23 messidor suivant, arrêt de la section civile, qui, attendu que la contestation est la suite d'une demande qui a son fondement dans les dispositions rétroactives de la loi du 17 nivôse an 2, rapportées par celle du 9 fructidor an 3, déclare qu'il n'y a lieu à statuer.

Le 21 prairial an 12, la dame de Kercado fait assigner le sieur Etchégoyen, tant comme exécuteur testamentaire du sieur Arboré, que comme tuteur des enfans mineurs que lui a laissés son épouse (la demoiselle Goyenèche, nièce et légataire universelle de celui-ci), pour se voir condamner à lui payer le legs de 30,000 livres. Le sieur Etchégoyen demande la mise en cause des héritiers de l'abbé Raynal. Elle est ordonnée par un jugement du 27 germinal an 14.

Les héritiers de l'abbé Raynal n'attendent pas que ce jugement leur soit signifié : ils interviennent d'eux-mêmes, et concluent,

1° contre la dame de Kercado, à ce qu'elle soit déclarée non-recevable, attendu que ce n'est pas à elle, mais à l'abbé Raynal, qu'a été fait le legs de 30,000 livres; 2° contre le sieur Etchégoyen, à ce qu'il soit condamné à leur payer ce legs.

Pour repousser ces conclusions, en tant qu'elles la concernent, la dame de Kercado soutient que la disposition du testament du sieur Arboré, dont elle réclame l'effet, est une Substitution fidéicommissaire dont l'abbé Raynal a été grevé à son profit; qu'ainsi, il y a lieu à l'application de l'art. 37 du tit. 1 de l'ordonnance du mois d'août 1747, portant : « Lorsque le grevé de Substitution » aura renoncé à la disposition faite en sa » faveur....., ou qu'il sera mort sans l'avoir » acceptée expressément ou tacitement...., » le substitué du premier degré en prendra » la place ».

Les héritiers Raynal répondent 1° que les termes dont s'est servi le testateur, *je l'engage à disposer*, ne constituent pas un fidéicommis; 2° que, s'il y a eu un fidéicommis dans le testament, il a été aboli par la loi du 14 novembre 1792; et que par conséquent, l'abbé Raynal en a été libéré avant sa mort.

La dame de Kercado réplique que, par les mots *je l'engage à disposer*, le testateur a véritablement grevé l'abbé Raynal d'un fidéicommis; et que ce fidéicommis portant sur une somme de deniers appartenant à un Espagnol, ou du moins à un Français qui avait perdu son domicile en France, et était mort domicilié à Cadix, n'a pas pu être atteint par la loi du 14 novembre 1792.

Le 17 décembre 1806, jugement par lequel,

« Attendu que la demande de la dame de Kercado a été valablement formée contre le sieur Etchégoyen, tant en son nom personnel, comme exécuteur testamentaire de feu Arboré, que comme tuteur de ses enfans mineurs, héritiers de leur mère, décédée légataire universelle dudit Arboré;

» Que les successions mobilières doivent être régies par les lois du domicile du testateur à l'époque de l'ouverture de la succession;

» Que feu Arboré était, lors de son décès, domicilié à Cadix, ville d'Espagne; qu'en effet, il est établi, par les pièces produites, que ledit Arboré a quitté, à l'âge de seize ans, la patrie où il était né; qu'il s'est retiré en Espagne, où il est resté plus de vingt-cinq ans sans mettre le pied en France; qu'il a formé divers établissemens de commerce dans différentes villes d'Espagne, notamment à Cadix; qu'il y a amassé une fortune considérable; qu'il y avait le siége principal de ses affaires, et le centre de ses opérations commerciales; qu'il y avait formé une Société avec une des premières maisons de commerce de Cadix; qu'il a lui-même déclaré dans son testament, qu'il était domicilié à Cadix; que les legs considérables portés audit testament, sont presque tous faits en monnaie espagnole; que, si, après une habitation constante en Espagne, pendant une longue suite d'années, il est quelquefois venu en France dans un âge assez avancé, ce n'a été que comme voyageur, et par suite de ses relations de commerce, sans jamais s'y fixer en aucune manière; qu'il n'y a jamais eu de domicile, ni même de résidence certaine, n'y ayant point de maison, et étant en hôtel garni lors de son décès; que l'abbé Raynal lui-même a soutenu devant le tribunal de cassation, en l'an 8, que la succession du sieur Arboré s'était ouverte en Espagne; que, sur sa demande et celle du sieur Lorsange, co-exécuteur testamentaire du testament sur lequel il s'agit en ce moment de statuer, le tribunal de cassation a annulé les procédures faites jusqu'alors devant un tribunal de France; que les héritiers de l'abbé Raynal, qui le représentent et sont à ses droits, ne peuvent être admis aujourd'hui à soutenir un système différent de celui de leur auteur; qu'il suit de ces différentes circonstances, considérations, procédures et jugement, que le domicile du sieur Arboré était à Cadix, lors de son décès; et qu'ainsi, sa succession doit être régie par les lois espagnoles;

» Qu'il est constant et reconnu par toutes les parties, que les lois romaines sont le droit civil d'Espagne; que, d'après ces lois, les Substitutions fidéicommissaires sont permises; que les principales règles que ces lois prescrivent dans cette matière, sont que la volonté du testateur suffit pour établir ces sortes de Substitutions; que c'est cette volonté principalement qu'on doit considérer, plutôt que les expressions employées par le testateur; qu'il n'importe qu'il se soit servi, pour l'exprimer, de termes impératifs ou précaires; que le principal caractère auquel on reconnaît le fidéicommis, est si le fidéicommis est dans l'intérêt du substitué, et non dans celui du légataire;

» Que ces principes des lois romaines s'appliquent parfaitement au legs de 30,000 livres, porté au testament de feu Arboré au profit de feu l'abbé Raynal et de la dame de Kercado; qu'en effet, le testateur prie le sieur abbé Raynal, son ami, et l'un de ses exécuteurs testamentaires, d'accepter cette somme comme une faible marque de sa recon-

naissance, en le priant de disposer particulièrement de cette somme au profit de la dame de Kercado, sa nièce; qu'il suit évidemment de ces expressions,

» 1° Que le testateur a eu l'intention de charger son ami d'un fidéicommis en faveur de sa nièce;

» 2° Que cette institution n'est pas moins constante, quoique non exprimée en termes impératifs, mais en forme de prière;

» 3° Que c'est dans l'intérêt de la dame de Kercado que le testament a établi le fidéicommis, plutôt que dans l'intérêt du légataire, qui, par la forme de la clause rogatoire, équivalant à une clause impérative, a dû disposer de la somme léguée au profit de la dame de Kercado, sa nièce;

» Le tribunal (de première instance du département de la Seine), sans s'arrêter aux interventions et demandes des héritiers Raynal dont ils sont déboutés, condamne le sieur Etchégoyen, ès-noms, à délivrer et payer à la dame de Kercado, la somme de 30,000 livres, montant du legs à elle fait et à feu l'abbé Raynal conjointement, par le sieur Arboré, suivant son testament du 26 janvier 1792, avec les intérêts, à compter du jour de la demande.....».

Les héritiers Raynal et les sieurs Etchégoyen appellent de ce jugement; mais bientôt quatre des premiers se désistent, et le cinquième (le sieur Camboulas) reste seul en cause avec le sieur Etchégoyen.

Le 13 juin 1807, arrêt ainsi conçu:

« Il s'agit de savoir 1° si la disposion du testament du sieur Arboré, relative au legs de 30,000 livres dont il s'agit, contient une Substitution en faveur de la dame de Kercado; 2° si, en admettant l'existence de cette Substitution, la succession Arboré doit être considérée comme française ou espagnole, et, suivant la décision qui sera portée sur cette question de fait, si la Substitution dont il s'agit, a été ou non abolie par la loi du 14 novembre 1792.

» Après avoir entendu, pendant trois audiences Delamalle....., Charbonnier..... et Tripier....., ouï le substitut du procureur général en ses conclusions tendantes à l'infirmation du jugement dont est appel;

» Considérant qu'un Français résidant en pays étranger, est présumé conserver l'esprit de retour, et, par suite, son domicile d'origine en France, s'il n'a, de fait et d'intention, abdiqué sa patrie pour en adopter une nouvelle; que la seule habitation ou demeure d'un Français en pays étranger, quelque longue qu'on la suppose, n'est d'aucun poids, surtout lorsqu'elle a pour objet un établissement de commerce qui ne peut jamais être considéré comme ayant été fait sans esprit de retour;

» Qu'Arboré est né en France; qu'il n'a jamais été naturalisé en Espagne; que, dans tous les actes, il s'est qualifié Français; qu'il a successivement exercé en France plusieurs emplois, tant civils que militaires; qu'il a été lieutenant des maréchaux de France, capitaine des milices béarnaises, membre des états de la Navarre française, gouverneur de la ville de Sainte-Marie d'Oléron, et commandant de la garde nationale de cette ville; qu'à Cadix, il a été député du commerce de la nation française; qu'il a été imposé en France au rôle de la capitation; que les seules propriétés immobilières qu'il a acquises, sont situées en France; qu'il a fait plusieurs établissemens publics dans sa ville natale de Sainte-Marie d'Oléron; que les titres de ses immeubles, obligations et rentes ont été trouvés et inventoriés en France; qu'il n'a formé de résidence, entretenu de relations en Espagne, qu'à raison de sa société de commerce avec Prasca; que la qualité et le domicile d'Arboré étant constatés par cet ensemble de faits qui lui sont personnels, il n'a été au pouvoir de qui que ce fût de les détruire ou changer par une déclaration, fruit de l'erreur ou des circonstances; que, d'ailleurs, il n'existe aucun acte ni jugement qui puisse, à cet égard, lier les parties;

» Qu'ainsi la succession d'Arboré s'est ouverte en France, et ne peut sous aucun rapport, être considérée comme espagnole;

» Que les termes dans lesquels Arboré lègue à l'abbé Raynal la somme de 30,000 francs, dont il l'*engage de disposer particulièrement en faveur de sa nièce, Raynal de Kercado*, constituent bien un véritable fidéicommis au profit de cette dernière; mais que l'abbé Raynal ayant survécu à l'abolition des Substitutions, prononcée par la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, a été saisi du droit de demander et recueillir librement le legs de 30,000 francs, droit qu'il a transmis à ses héritiers;

» La cour (d'appel de Paris), sans s'arrêter aux fins de non-recevoir, a mis et met les appellations et ce dont est appel au néant; émendant, décharge les appelans des condamnations contre eux prononcées; au principal, déboute Marguerite-Geneviève-Paulier Raynal, femme Kercado, partie de Tripier, de ses demandes formées, tant contre Camboulas, partie de Delamalle, que contre Etchégoyen,

partie de Charbonnier ; sauf à ladite partie de Tripier à faire valoir l'effet du désistement qui lui a été consenti par les autres héritiers de Guillaume-Thomas Raynal ; donne acte à la partie de Charbonnier de ses offres de rendre compte à qui de droit, dans les qualités qu'elle procède ; condamne ladite partie de Tripier en tous les dépens des causes principale, d'appel et demandes..... ».

La dame de Kercado se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Sept moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 4 août 1808) vous sont proposés par la demanderesse :

» 1° Contravention aux art. 141 et 470 du Code de procédure civile, en ce que l'arrêt ne rappelle pas dans son *vu* les conclusions qu'elle avait prises à ce que le sieur Etchégoyen fût déclaré non-recevable dans son appel, et en ce qu'il lui prête, dans ce même *vu*, des conclusions qu'elle n'avait pas prises à ce qu'il lui fût donné acte du désistement des co-héritiers du sieur Camboulas ;

» 2° Contravention à l'art. 1350 du Code civil, en ce qu'au mépris de l'acquiescement du sieur Etchégoyen au jugement du 2 germinal an 13, par lequel il avait été jugé n'être point partie capable pour contester la demande de la dame de Kercado en délivrance du legs de 30,000 livres, l'arrêt a admis le sieur Etchégoyen lui-même à appeler du jugement du 17 décembre 1806, qui, contradictoirement avec les héritiers Raynal, seules parties intéressées, l'avait condamné à lui payer ce legs ;

» 3° Contravention à l'art. 1356 du même Code, en ce que, nonobstant l'aveu fait en l'an 3 par l'abbé Raynal, que le sieur Arboré avait eu son domicile en Espagne, et que sa succession devait être régie par les lois espagnoles, l'arrêt accueille la proposition contraire soutenue par le sieur Camboulas, son héritier ;

» 4° Contravention à l'art. 37 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, en ce que, tout en jugeant que la disposition litigieuse du testament du sieur Arboré contenait une Substitution fidéicommissaire au profit de la dame de Kercado, l'arrêt ne juge pas que cette disposition a été transmise de plein droit à la dame de Kercado, par le seul fait que l'abbé Raynal était mort sans l'avoir acceptée ni recueillie ;

» 5° Contravention aux art. 58, 71 et 72 de l'ordonnance de 1735, en ce que, tandis que le sieur Arboré était domicilié en Espagne, l'arrêt juge qu'un legs mobilier fait par lui en France, doit être régi par les lois françaises ;

» 6° Contravention aux principes sur l'ouverture des successions, en ce que, sous le prétexte que le sieur Arboré avait conservé l'esprit de retour en France, l'arrêt juge qu'il y avait aussi conservé son domicile, et que, par suite, c'est en France que sa succession s'est ouverte ;

» 7° Fausse application de la loi du 14 novembre 1792, en ce que la Substitution fidéicommissaire dont avait été grevé l'abbé Raynal, avait été ouverte au profit de la dame de Kercado avant la publication de cette loi.

» Parmi ces sept moyens, il en est plusieurs qui tombent d'eux-mêmes ; et tel est notamment le premier.....

» Le deuxième moyen porte absolument à faux.....

» Le troisième moyen se détruit par un seul mot. La dame de Kercado était-elle partie dans l'instance de l'an 3, dans laquelle l'abbé Raynal avait non-seulement avoué, mais soutenu et entrepris de faire juger, que la succession du sieur Arboré s'était ouverte, non en France mais en Espagne ? Non. Cet aveu est donc, à l'égard de la dame de Kercado, *res inter alios acta*. La cour d'appel de Paris n'a donc pas violé, en écartant cet aveu, l'art. 1356 du Code civil.

» Le quatrième moyen ne présente qu'un abus irréfléchi de l'art. 37 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747.

» D'abord, il n'est pas vrai que l'abbé Raynal soit mort sans avoir accepté le legs de 30,000 livres. En faisant ordonner, par les jugemens des 10 janvier et 28 juin 1793, l'exécution du testament du sieur Arboré, et la délivrance des legs qui y étaient consignés, il avait certainement manifesté, de la manière la moins équivoque, son intention de profiter de celui de ces legs qui le concernait personnellement ; il avait par conséquent accepté ce legs.

» D'un autre côté, s'il n'avait pas accepté ce legs, il aurait du moins transmis à son héritier le droit de l'accepter, et avec ce droit, celui de contester la Substitution dont le testateur l'avait grevé, celui de soutenir et de faire juger que cette Substitution avait été éteinte par la loi du 14 novembre 1792.

» Le cinquième moyen n'a pour base qu'une fausse supposition. Il suppose que le sieur Arboré est mort en Espagne ; et c'est en partant de là qu'il accuse la cour d'appel de

Paris d'avoir violé les art. 58, 71 et 72 de l'ordonnance de 1735, aux termes desquels les dispositions mobilières d'un testateur doivent être jugées d'après les lois de son domicile, quel que soit le lieu où il a fait son testament. Mais la cour d'appel de Paris a jugé, en fait, que le sieur Arboré était mort domicilié en France; et son arrêt est, à cet égard, au-dessus de toute atteinte. Elle a donc dû juger, comme elle a jugé en effet, même d'après les textes invoqués par la demanderesse, que le legs de 30,000 livres était soumis aux lois françaises.

» C'est encore sur une fausse supposition que roule le sixième moyen. Il suppose que, par l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Paris a reconnu que le sieur Arboré avait été domicilié en Espagne jusqu'à sa mort; et qu'elle ne l'a jugé soumis aux lois françaises, quant à ses dispositions mobilières, que parceque, dans l'opinion de cette cour, il suffit qu'un français conserve l'esprit de retour, et, par suite, ses droits civils et politiques dans sa patrie, pour que, bien qu'il soit véritablement domicilié en pays étranger, les lois françaises conservent tout leur empire sur ses biens meubles. Mais l'arrêt attaqué ne dit pas un mot de cela. Il dit au contraire très-positivement que le sieur Arboré n'a jamais cessé d'être domicilié en France; et à cet égard, qu'il ait bien ou mal jugé, c'est une pure question de fait, qui n'est pas du domaine de la cour de cassation.

» Le septième moyen vous présente la question de savoir si le fidéicommis dont le testament du sieur Arboré avait grevé l'abbé Raynal au profit de la dame de Kercado, était *pur* ou *conditionnel*. Car s'il était pur, c'est-à-dire, si la dame de Kercado a acquis le droit de le réclamer immédiatement après la mort du sieur Arboré, nulle doute qu'il n'ait été ouvert avant la loi du 14 novembre 1792, et que par conséquent cette loi n'en ait pas affranchi l'abbé Raynal. Mais s'il était conditionnel, c'est-à-dire, si le testateur n'avait chargé l'abbé Raynal de rendre le legs de 30,000 livres à la dame de Kercado, que dans le cas où il viendrait à mourir avant elle, il est clair que l'abbé Raynal ayant survécu à la publication de la loi du 14 novembre 1792, cette loi a fait évanouir le fidéicommis.

» Or, que vous dit-on pour établir que ce fidéicommis était pur et non conditionnel?

» On cite la loi 41, §. 14, D. *de legatis* 3°, dans laquelle il s'agit d'une disposition ainsi conçue: Je vous prie, Seïa, de rendre à Mévia tout ce que vous recueillerez dans ma succession : *à te, Seïa, peto ut quidquid ad te ex hereditate meâ pervenerit....., reddas Mœviæ.* La loi demande si, en vertu de cette disposition, Mévia peut tout de suite réclamer le fidéicommis, ou si elle est obligée d'attendre la mort de Seïa; et de ces deux partis, elle adopte le premier : *quæsitum est an statim Mœvia fideicommissum à Seïâ petere possit? Respondit nihil proponi cur non possit.*

» Mais on devrait bien citer aussi les lois qui établissent que, lorsqu'à la charge de rendre, le testateur a joint une clause ou des expressions qui exigent un acte quelconque de la part du grevé, pour s'acquitter de cette charge, le fidéicommis cesse d'être pur, et ne devient exigible qu'au moment où le grevé a fait l'acte prescrit par le testament, ou est mort sans l'avoir fait.

» Un testateur, en instituant un père, l'avait grevé d'un fidéicommis envers son fils; et il avait exprimé ce fidéicommis, en disant que le père disposerait en faveur de son fils de la chose qui en était l'objet. Question de savoir si le fils peut exiger le fidéicommis aussitôt après la mort du testateur? La loi 11, §. 10, D. *de legatis* 3°, répond qu'il ne pourra l'exiger qu'après la mort de son père: *Si filio à patre instituto fideicommissum relictum fuerit, et si verbis non sit ita relictum cùm pater moreretur, sed intelligi hoc possit, putà quia sic relictum est, ut relinquat filio....., defendetur in id tempus fideicommissum relictum.*

» Un testateur charge son héritier de rendre sa succession à un tel, lorsqu'il lui plaira; ce fidéicommis est-il pur? Non, dit la loi 41, §. 10, D. *de legatis* 2°; il ne s'ouvrira qu'à la mort de l'héritier : *Scævola respondit, cùm heres..... rogatus esset, cum volet, alii restituere hereditatem, interim non compellendus ad fideicommissum.....; post mortem enim creditur datum.*

» La loi 11, §. 6, du même titre, décide la même chose : *Hoc autem legatum*, cùm voluerit, *tractum habet quamdiù vivat is à quo fideicommissum relictum est; verùm si antequàm dederit, decesserit, heres ejus præstat; sed et si fideicommissarius, antequàm heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse videtur: conditionale enim legatum nemini dubium est, et pendente conditione legati videri decessisse fideicommissarium.*

» Un testateur laisse à sa bru les trois quarts de son hérédité, et dit : Je vous prie de faire parvenir à votre fils tout ce qui vous adviendra de ma succession : *rogo te, ut id quod ad te ex bonis meis pervenerit, facias perve-*

nire ad filium tuum. Ce fidéicommis est-il exigible de la part du fils de la bru, aussitôt que celle-ci a recueilli les biens? Non, il ne l'est qu'à sa mort: *Quæsitum est quandò hoc fideicommissum restituere debeat: utrùmne post mortem suam, an jam nunc? Respondit ad tempus quo nurus moreretur, fideicommissum aptandum esse.* Ce sont les termes de la loi 75, D. *ad senatus-consultum Trebellianum.*

» Il n'est pas besoin sans doute de vous faire remarquer qu'il y a entre ces espèces et celle de la cause actuelle, la plus grande analogie; et la conséquence qui en résulte nécessairement, c'est qu'en chargeant l'abbé Raynal, non pas purement et simplement de rendre le legs de 30,000 livres à la dame de Kercado, mais d'*en disposer* au profit de cette dame, le sieur Arboré est censé avoir voulu que la dame de Kercado ne vînt à ce legs que lorsque l'abbé Raynal en aurait effectivement disposé en sa faveur par un acte entre-vifs, ou qu'il serait mort sans disposition.

» Et s'il en est ainsi, d'après les lois romaines, à combien plus forte raison doit-il en être de même d'après la jurisprudence française sous laquelle a été fait le testament du sieur Arboré. Écoutons Thevenot d'Essaule, c'est-à-dire, l'auteur même que la demanderesse cite comme un grand maître en cette matière, et qu'elle vous cite fort inexactement. Après avoir dit, chap. 56, que, dans le droit romain, il n'était pas nécessaire que la condition de la mort du grevé fût expresse, qu'il suffisait qu'elle parût résulter tacitement des termes du testateur, et que, suivant l'expression de Ricard, cette condition *se présume facilement*, il ajoute: *Dans notre usage, la condition de la mort du grevé n'a pas besoin d'être annoncée ni expressément ni même implicitement. Tel est le sentiment du barreau de Paris, et je m'y suis conformé. Le grevé est présumé n'avoir été chargé de rendre qu'à sa mort, à moins qu'il n'y ait dans la Substitution quelque terme ou quelque circonstance qui indique le contraire. Notre usage habituel étant de ne substituer que pour le temps de la mort du grevé, il est juste de croire que le substituant l'a entendu de la sorte, si le contraire n'est pas établi. Quelle apparence, en effet, dans nos mœurs, que, quand un père aura dit,* je fais mon fils légataire universel, et je substitue mes biens à ses enfans, *il ait entendu obliger ce fils de rendre à ses enfans sur-le-champ, tellement que ce fils n'ait aucune jouissance des biens pendant sa vie? Cela n'est nullement probable, lors même que la Substitution est faite par un étranger; et dans ce cas même, la condition* cùm moreretur, *doit être présumée, d'après notre manière ordinaire de substituer. On est fondé à dire ici, avec les lois romaines elles-mêmes,* vi ipsâ conditio inest. *Sans cela, le vœu du substituant serait certainement trompé parmi nous, dès qu'il n'a rien dit qui marquât l'obligation de rendre aussitôt.*

» Voilà assurément un concours de raisons et d'autorités bien propres à mettre dans le plus grand jour le bien jugé de l'arrêt de la cour d'appel de Paris; mais ce n'est pas tout: à ces raisons, à ces autorités, vient encore se joindre la reconnaissance de la demanderesse elle-même, que l'abbé Raynal n'a pas été grevé par le testament du sieur Arboré, d'un fidéicommis pur, mais seulement d'un fidéicommis dont sa mort était la condition. Voici, mot pour mot, comment elle s'exprimait, en première instance, à la page 21 de son *second précis: M. Arboré, en faisant un legs à M. l'abbé Raynal, âgé de quatre-vingt-un ans, devait croire naturellement qu'il n'en jouirait pas long-temps, et alors sa pensée devait se reporter sur ceux qui en jouiraient après lui. Or, M. Arboré ne connaissant aucun des collatéraux de M. l'abbé Raynal, ne pouvait pas prendre grand intérêt à eux..... D'un autre côté, M. l'abbé Raynal ne pouvait pas être désobligé que M. Arboré fît passer le legs à madame de Kercado, pour laquelle il avait une affection particulière, et c'était au contraire lui donner une preuve d'attachement.....*

» Et c'est après avoir fait un pareil aveu devant le tribunal de première instance, c'est après y avoir persisté, du moins tacitement, devant la cour d'appel, que la demanderesse vient accuser la cour d'appel d'avoir jugé conformément à cet aveu! C'est trop nous arrêter à un moyen de cassation qui, sous aucun rapport, ne peut se soutenir; nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête de la demanderesse ».

Par arrêt du 4 août 1808, au rapport de M. Pajon,

«.... En ce qui touche le troisième moyen,

» Attendu que l'abbé Raynal ayant été saisi du legs dont était question, par le seul fait du décès du testateur, avait transmis à ses héritiers le droit d'en demander la délivrance;

» D'où il suit que le sieur Camboulas, l'un d'eux, quoiqu'il ne fût héritier que pour partie, avait droit d'interjeter appel du jugement qui l'avait au contraire accordé à la demanderesse, encore bien que l'abbé Raynal eût

soutenu que la succession du testateur dût être partagée d'après les lois de l'Espagne;

» Attendu que cet aveu ou cette prétention ne pouvait pas changer l'état de la question, de sorte qu'en recevant cet appel, l'arrêt attaqué n'a point contrevenu aux dispositions de l'article cité du Code civil;

» En ce qui touche le quatrième,

» Attendu qu'en fait, il était prouvé au procès que, si l'abbé Raynal n'avait pas obtenu de son vivant la délivrance de ce legs, il l'avait au moins poursuivie, ce qui suffit pour écarter la prétendue violation de l'article cité de l'ordonnance *des Substitutions;*

» En ce qui touche les cinquième et sixième,

» Attendu que l'arrêt attaqué ayant décidé, en fait, que le testateur était décédé en possession de l'état de citoyen français, l'impossibilité de soumettre cette question à un nouvel examen, rend inapplicables à la cause les ouvertures de cassation que l'on voudrait induire, tant des articles cités de l'ordonnance des testamens, que des autres autorités invoquées par la demanderesse;

» En ce qui touche le septième et dernier,

» Attendu qu'en supposant que la question qui en est l'objet, dût être résolue par les principes du droit romain, on ne pourrait néanmoins disconvenir que la jurisprudence des arrêts, fondée sur l'autorité des jurisconsultes les plus distingués, n'y eût apporté cette modification, qu'un fidéicommis de l'espèce de celui dont il s'agissait, ne pouvait être réputé que conditionnel; et qu'en le décidant ainsi, l'arrêt attaqué, loin d'avoir fait une fausse application de la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, n'a fait qu'une juste application de celles de la matière;

» La cour rejette le pourvoi..... ».]]

II. Un fidéicommis *à jour certain* est regardé par les lois romaines comme *pur*, et elles sont en cela conformes à notre usage. La raison en est indiquée par la loi 79, D. *de conditionibus : Purum est, quia non conditione, sed morâ suspenditur. V.* l'article *Legs.*

§. II. *Caractère et effets du fidéicommis conditionnel.*

I. Le fidéicommis conditionnel est celui qui n'est fait que pour avoir lieu dans un cas futur et incertain, prévu par le substituant, et dont par conséquent l'effet demeure en suspens jusqu'à l'arrivée de ce cas.

Pesons bien tous les termes de cette définition; elle contient le germe de plusieurs décisions importantes.

Nous disons d'abord, *qui n'est fait que pour avoir lieu*, et ces expressions ne sont pas indifférentes: elles distinguent le fidéicommis conditionnel d'avec le fidéicommis modal.

Un fidéicommis est conditionnel, lorsqu'il dépend d'une condition suspensive qui en rend l'effet incertain jusqu'à l'arrivée du cas prévu par le testateur ou donateur.

Il est modal, quand il est accompagné d'un mode, d'une charge, ou (ce qui est la même chose) d'une condition résolutoire, qui ne suspend pas l'effet de la disposition, mais la resoud, c'est-à-dire, la réduit à rien, en cas d'inaccomplissement. *V.* l'article *Mode.*

Nous disons en second lieu, *dans un cas futur*, parcequ'une condition qui se réfère au passé, ne rend pas, à proprement parler, le fidéicommis conditionnel: elle laisse bien ignorer, pendant le temps qu'il faut pour vérifier le fait dont elle dépend, si la disposition sera exécutée; mais elle n'en suspend pas l'effet intrinsèque; et son accomplissement, sans conférer aucun droit au substitué, déclare et manifeste le droit qui lui était acquis précédemment.

Nous disons en troisième lieu, *dans un cas incertain*, et ces termes ont besoin d'être expliqués.

« Je fais Antoine mon héritier, et lorsqu'il » mourra, je veux qu'il rende ma succession » à Pierre ». La loi 79, §. 1, D. *de conditionibus*, et la loi 4, D. *quandò dies legati vel fideicommissi cedat*, disent que ce fidéicommis est conditionnel: pourquoi? Ce n'est pas que la mort du grevé soit incertaine, mais parcequ'il faut, pour l'objet de la disposition, que le grevé meure avant l'appelé, ce qui est un événement incertain.

Il en serait autrement, suivant la loi 79, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, si les mots, *lorsqu'il mourra* se référaient à l'appelé lui-même; et cette différence vient de ce que le testateur, en éloignant la délivrance du fidéicommis jusqu'à la mort du substitué, n'a pas eu en vue de gratifier précisément celui-ci, mais bien ses héritiers ou représentans.

Nous disons en quatrième lieu, *prévu par le substituant*, car il n'y a que la volonté de l'auteur d'un fidéicommis qui puisse le rendre conditionnel; et, aux termes de la loi 99, D. *de conditionibus*, il ne serait pas réputé tel par une condition extrinsèque, c'est-à-dire, qui serait étrangère à la disposition et proviendrait d'une autre cause. La loi 5, D. *quandò dies legati vel fideicommissi cedat*, nous en donne un exemple: « Si un mari a » légué le fonds dotal de sa femme à un » étranger, et a laissé à sa femme une somme

» d'argent pour l'indemniser, qu'ensuite le » légataire soit mort pendant que la femme » délibérait sur l'option qu'elle avait à faire » entre sa dot et son legs, et qu'enfin elle ait » choisi le legs; l'héritier du légataire re- » cueillera, par droit de transmission, la » libéralité faite à son auteur, parcequ'elle » n'était pas conditionnelle, et qu'il n'y a eu » qu'un retardement à son exécution ».

II. C'est une question si, lorsque le Substituant a attaché une condition, soit à l'institution, soit à un premier ordre de fidéicommis, cette condition doit être censée répétée pour tous ceux qui sont appelés ensuite.

La règle générale est pour la négative. Les lois 32 et 52, §. 1, D. *de legatis* 2°, l'établissent en termes formels; et l'on a vu aux mots *Substitution directe*, qu'elle a lieu même dans les Substitutions vulgaires. Mais, dit Dumoulin sur la coutume de Paris, §. 55, gl. 5, n° 9, la volonté présumée du testateur peut en faire décider autrement, et nous en trouvons un exemple dans la loi 77, §. 15, du même titre : « Un testateur, en insti- » tuant un étranger, l'avait chargé de rendre » la succession à ses affranchis, *lorsqu'il mour-* » *rait*, et il avait ordonné qu'elle ne sorti- » rait point de la famille. J'ai répondu que » le substitué était lui-même chargé de ren- » dre, mais que de savoir s'il devait le faire » tout de suite, ou s'il n'y était tenu que » sous la même condition, *lorsqu'il mourrait*, » c'est une question de volonté. Au cas par- » ticulier, on doit conjecturer que l'intention » du testateur a été qu'on attendrait la mort » du substitué ». Pourquoi cela? Le juris- consulte ne le dit point, mais il paraît que le testateur s'était servi du mot *substitué*, et que, parlà, celui qu'il avait appelé le premier au fidéicommis, devait être censé *mis*, en tout sens, *à la place* de l'institué; car le mot *substitué* a naturellement cette signification. En général, dit Ricard (*Traité des dispositions conditionnelles*, n° 162), la répétition se présume « à l'égard des dispositions qui » en sont de soi susceptibles, et auxquelles la » même raison d'affectation de la condition se » rencontre ».

III. Il y a un cas où le fidéicommis est conditionnel de plein droit : c'est lorsqu'un ascendant, en instituant héritier un de ses descendans, l'a chargé d'un fidéicommis universel, sans parler des enfans qu'il avait ou pourrait avoir par la suite. La condition, *si l'institué décède sans enfans*, est supposée de plein droit dans ce fidéicommis, parcequ'on ne présume pas qu'un testateur eût préféré un étranger à son propre sang; et c'est pourquoi, si l'institué laisse des enfans, le fidéicommis s'évanouira. C'est ce que décident la loi 202, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, et la loi 30, C. *de fideicommissis*.

IV. Ce n'est pas ici le lieu de nous étendre sur les principes relatifs à l'accomplissement des conditions dans les fidéicommis; ils sont détaillés au mot *Condition*. Nous nous arrêterons seulement à trois questions dont l'ordonnance de 1747 a cru devoir s'occuper.

La première est de savoir si le fidéicommis dont la mort du grevé est la condition, s'ouvre par la mort civile, comme par la mort naturelle.

Ricard avait embrassé la négative, d'après la loi 77, §. 4, D. *de legatis* 2°, et la loi 48, §. 1, D. *de jure fisci*; mais son opinion, quoique défendue par Furgole (*Traité des Testamens*, chap. 7, sect. 5, n° 59), et appuyée par ce jurisconsulte, d'un grand nombre d'autres textes qui paraissaient la justifier complètement, a été réprouvée par l'art. 24 du tit. 1 de l'ordonnance : « Dans » tous les cas (porte cet article) où la con- » damnation pour crime emporte mort civile, » elle donnera lieu à l'ouverture du fidéi- » commis, comme la mort naturelle; ce qui » sera pareillement observé à l'égard de ceux » qui auront fait profession solennelle de la » vie religieuse ».

La seconde question que nous avons annoncée, est de savoir quel doit être l'effet de la profession monastique, par rapport à l'accomplissement de la condition de se marier, ou de ne pas se marier.

Voici ce que porte l'art. 25 de l'ordonnance : « La condition de se marier sera censée avoir » manqué, et celle de ne se pas marier (dans » le cas où elle peut être valable) sera censée » accomplie, lorsque la personne à qui l'une » ou l'autre desdites conditions avait été im- » posée, aura fait profession solennelle dans » l'état religieux ».

La troisième question est relative à la condition de la mort du grevé sans enfans : l'ordonnance déclare, par l'art. 23 du titre cité, que « le cas prévu par cette condition, sera » censé être arrivé, lorsqu'au jour du décès » du grevé, il n'y aura aucun enfant légitime » et capable des effets civils, sans qu'on puisse » avoir égard à l'existence des enfans natu- » rels, même légitimés autrement que par » mariage subséquent, ni pareillement à » l'existence des enfans morts civilement » par condamnation pour crime, ou incapa- » bles des effets civils par la profession solen-

» nelle de la vie religieuse, ou pour quelque » autre cause que ce soit ».

Cet article n'exige pas que les enfans soient héritiers de leur père, pour faire manquer la condition; et en effet, la loi 14, §. 13, D. *de legatis* 1°, décide que cette qualité est absolument indifférente.

§. III. *Du fidéicommis simple.*

Nous appelons fidéicommis simple, celui par lequel la personne à qui l'institué ou donataire doit rendre, n'est point chargée elle-même de rendre à un autre. « J'institue » Pierre, et je veux qu'à son décès, il remette » mon hérédité à Antoine », Voilà un fidéicommis simple, c'est-à-dire, qui ne contient qu'un degré de Substitution.

[[C'étaient les seuls fidéicommis que pouvaient faire les pères, les mères, les frères et les sœurs, en vertu des art. 1048 et 1049 du Code civil. Mais, comme on l'a vu plus haut, sect. 1, §. 14, n° 1, la loi du 17 mai 1826 accorde à tout donateur ou testateur, la faculté de substituer *jusqu'au deuxième degré inclusivement.*]]

§. IV. *Du fidéicommis graduel.*

I. Un fidéicommis graduel est opposé au simple : c'est celui par lequel le substitué est lui-même grevé envers une ou plusieurs personnes; en sorte qu'après avoir recueilli les biens que le substituant avait ordonné de lui rendre, il sera tenu de les conserver à celui ou ceux qui sont appelés après lui.

Cette matière de disposer, qui était très-fréquente chez les Romains, et l'est encore plus dans nos mœurs, donne lieu à quatre questions principales :

La première, comment s'établit la gradualité;

La seconde, jusqu'où les lois permettent de l'étendre;

La troisième, de quelle manière doivent se compter les degrés des Substitutions;

La quatrième, quels sont les droits auxquels l'ouverture du fidéicommis dans chaque degré donne lieu au profit du seigneur, [[aujourd'hui du fisc.]]

ART. I. *Comment s'établit la gradualité?*

La gradualité peut s'établir expressément ou tacitement.

Elle est expresse, quand le substituant a formellement chargé le substitué de rendre à un autre, ou lorsqu'en appelant plusieurs personnes, il a dit, *les uns après les autres; ou successivement, ou de degré en degré, ou de mâle en mâle* ou *d'aîné en aîné;*

Elle est tacite, toutes les fois qu'il paraît évidemment par la disposition, que tel a été le vœu du substituant, quoiqu'il ne l'ait pas formellement déclaré.

On dit, *paraît évidemment*, car la gradualité formant une nouvelle Substitution dont l'appelé est grevé, et l'ordonnance de 1747 rejetant les Substitutions purement conjecturales, il est clair que la gradualité tacite ne peut être que le résultat d'une disposition évidente; et c'est ce que Ricard (*Traité des Substitutions*, n°s 393 et 516) enseignait long-temps avant l'ordonnance de 1747.

Cet auteur n'a cependant pas toujours été heureux dans l'application de ce principe. Il dit, n° 503, que, « quand une disposition » appelle plusieurs personnes *qui ne doivent* » *avoir leur existence que par un terme suc-* » *cessif*, on présume que l'intention du tes- » tateur a été de les appeler les unes après » les autres et de degré en degré » ; et cette assertion n'est pas vraie dans toute sa généralité. Un fidéicommis fait en ces termes, *je substitue mes descendans*, ne serait pas regardé comme graduel; les mots *mes descendans*, peuvent très-bien s'entendre seulement des descendans qui existeront au moment de l'ouverture de la Substitution; et dès-là rien n'oblige de les interpréter de manière à grever les appelés d'un nouveau fidéicommis.

Mais si je substituais *mes descendans à toujours* ou *à l'infini*, il y aurait indubitablement une gradualité tacite.

Il en serait de même, si je disais : « Je veux » que mes biens restent dans ma famille à » perpétuité ».

La loi 69, §. 3, D. *de legatis* 2°, étend cette décision plus loin; elle déclare qu'il y a gradualité, lorsque le testateur exige simplement *qu'on n'aliéne pas la chose, et qu'on la laisse dans la famille*, sans ajouter *à perpétuité.*

Mais il y a tout lieu de douter que sa disposition fût suivie parmi nous, si le cas s'en présentait. Nous l'avons déjà dit, le vœu de l'ordonnance de 1747 est qu'il n'y ait point de gradualité sans expressions qui l'emportent inévitablement. Or, dans l'espèce proposée, le fidéicommis peut très-bien s'entendre du premier degré de la famille seulement; il n'y a point de preuve que le testateur ait voulu lui donner une plus grande extension; on ne doit donc pas le rendre graduel.

ART. II. *Jusqu'où peut s'étendre la gradualité dans les Substitutions ?*

I. Il n'y avait dans les lois du Digeste ni dans celles du Code, aucune borne à la faculté de multiplier autant qu'on le voulait les degrés de fidéicommis.

Ce n'est que dans le chap. 2 de la novelle 159 de Justinien, qu'on trouve une décision contre la perpétuité d'un fidéicommis qui avait été établi dans une famille : le législateur déclare par cette constitution, que les biens ayant parcouru *quatre générations*, il lui a paru trop scrupuleux de laisser au fidéicommis un plus long cours.

Mais comme cette loi ne porte que sur un cas particulier, et que d'ailleurs elle est conçue dans des termes fort obscurs, plusieurs savans interprètes ont soutenu qu'elle ne devait pas être étendue hors de son espèce, et qu'elle n'empêcherait nullement que les fidéicommis ne pussent être perpétués comme auparavant. (*V.* Cujas sur la novelle 159).

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle n'est point suivie en Espagne, ni même en Italie. Témoins Peregrinus, *de fideicommissis*, art. 30, n° 17; et Mantica, *de conjecturis ultimarum voluntatum*, liv. 8, tit. 13, n° 37.

En France, on disputa long-temps sur ce point. Dumoulin (*Consil.* 1 et 54) voulait qu'on ne mît aucune restriction aux fidéicommis graduels, et il se fondait sur différens arrêts qui, suivant lui, formaient, à cet égard, une jurisprudence certaine. D'autres exigeaient qu'on les limitât au deuxième degré de Substitution. Quelques-uns, plus rigoureux, les bornaient à cent ans.

Pour faire cesser toutes ces difficultés, l'ordonnance d'Orléans, de 1560, voulut, art. 59, que les Substitutions qui seraient faites à l'avenir, ne pussent excéder deux degrés, sans y comprendre l'institution ou première disposition.

L'art. 57 de l'ordonnance de Moulins, de 1566, confirma cette disposition, et *l'amplifiant pour le fait des Substitutions auparavant faites*, déclara qu'elles seraient *restreintes, au quatrième degré, outre* l'institution.

Quelques-uns s'imaginèrent que, par là, l'ordonnance de Moulins avait dérogé à l'ordonnance d'Orléans pour les Substitutions postérieures à celle-ci, et qu'en conséquence, elles devaient avoir leur effet jusqu'au quatrième degré, outre la première disposition. Cette erreur, qu'une lecture réfléchie de l'article cité suffisait pour dissiper, fut adoptée par quelques anciens arrêts du parlement de Paris; mais bientôt elle fut proscrite et totalement abandonnée (1).

Les autres parlemens suivirent, sur le même objet, des partis différens.

Ceux de Toulouse et de Bordeaux, naturellement portés à ramener tout au droit écrit, ne manquèrent pas de se conformer aux premiers arrêts du parlement de Paris (2).

Mais à Grenoble, à Aix et à Dijon, le texte de l'ordonnance d'Orléans fut constamment respecté, et l'art. 59 de celle de Moulins limité aux Substitutions faites avant 1560 (3).

L'ordonnance de 1747 confirme positivement cette jurisprudence. Voici ce qu'elle porte, tit. 1, art. 30 : « L'art. 59 de l'ordonnance d'Orléans sera exécuté, et en conséquence toutes les Substitutions faites, soit par contrat de mariage ou autre acte entre-vifs, soit par disposition à cause de mort, en quelques termes qu'elles soient conçues, ne pourront s'étendre au-delà de deux degrés du substitué, outre le donataire, l'héritier institué ou légataire, ou autre qui aura recueilli le premier les biens du donateur ou testateur. N'entendons déroger par la présente disposition à l'art. 57 de l'ordonnance de Moulins par rapport aux Substitutions qui seraient antérieures à ladite ordonnance ».

II. Mais cette disposition doit-elle avoir un effet rétroactif dans les ressorts des parlemens de Toulouse et de Bordeaux ?

Non, parceque l'art. 31 ajoute : « Dans les provinces où les Substitutions avaient été étendues par l'usage jusqu'à quatre degrés outre l'institution, la restriction à deux degrés, portée par l'article précédent, n'aura lieu que pour les Substitutions qui y seront faites à l'avenir, sans qu'elle puisse avoir effet à l'égard des Substitutions faites dans lesdites provinces par des actes entre-vifs antérieurs à la publication des présentes, ou par des dispositions à cause de mort, lorsque celui qui aura fait lesdites dispositions, sera décédé avant ladite publication ».

III. L'art. 32 manifeste encore plus l'intention du législateur de ne point toucher, sur

---

(1) *V.* le recueil d'arrêts de Montholon, §. 135, et les œuvres de Henrys, liv. 5, quest. 48.

(2) *V.* d'Olive, liv. 5, chap. 10; Cambolas, liv. 3, chap. 7, et La Peyrère, lettre S, n° 82, édition de 1706.

(3) *V.* Bretonnier, *Questions alphabétiques*, au mot *Substitution*.

cette matière, aux différens usages de chaque pays: *N'entendons*, porte-t-il, *rien innover, quant à présent, à l'égard des provinces où les Substitutions n'ont point encore été restreintes à un certain nombre de degrés.*

On voit bien que le législateur veut parler des provinces qui n'ont été réunies à la France que depuis les ordonnances de Moulins et d'Orléans. Mais comme quelques-unes ont là-dessus des édits de leurs anciens législateurs, qui se rapprochent de ces lois, il ne faut pas les confondre toutes dans la même catégorie.

Bretonnier, dans ses *Questions alphabétiques*, dit que, « dans le ressort du *parlement* » *de Besançon*, toutes les Substitutions vont » à l'infini ».

Il ajoute qu'il en est de même au *parlement de Pau.*

Sallé, Furgole et Thevenot, dans leurs notes sur l'ordonnance de 1747, mettent sur la même ligne les *conseils supérieurs de Roussillon et d'Alsace.*

Les deux premiers en disent autant de la Belgique; mais ils se trompent. L'art. 16 de l'édit perpétuel de 1611, qui fait loi au parlement de Flandre, au conseil provincial d'Artois, et dans toutes les cours supérieures de la Flandre autrichienne et du Brabant, porte, en copiant l'art. 59 de l'ordonnance d'Orléans, « que toutes dispositions de Substitution et » fidéicommis n'auront effet que trois fois, y » comprise l'institution première, et au pro- » fit de trois personnes, en ce comptée la » première instituée, déclarant celles ulté- » rieurement ordonnées de nulle valeur ».

Il a été rendu, pour l'interprétation de cet article, plusieurs déclarations qu'on trouve dans le Commentaire d'Anselmo.

Par la première, du 28 novembre 1611, les archiducs Albert et Isabelle déclarèrent que l'art. 16 de l'édit devait avoir lieu pour les fidéicommis antérieurs à sa promulgation, comme pour ceux qui n'avaient été faits qu'après.

Par la seconde, du 5 février 1614, et par la troisième, du 15 avril 1616, il fut déclaré que les majorats n'étaient pas sujets à la restriction portée par l'art. 16 de l'édit.

Par la quatrième, du 16 mars 1620, il fut dit « que, quand les biens chargés par fidéi- » commis, sont parvenus du premier institué » au premier à lui substitué, et dudit substi- » tué premier au substitué deuxième, icelui » peut vendre et aliéner lesdits biens ».

Il y en a une cinquième du 10 octobre 1623, qui renouvelle la disposition de celle du 11 novembre 1611, pour les Substitutions faites par des actes antérieurs à l'édit.

On prétend qu'il en fut rendu une sixième le 20 janvier 1660, sur une consultation faite par le conseil provincial d'Artois, séant à Saint-Omer, et par laquelle il fut décidé que les ouvertures antérieures à l'édit, devaient être comptées au nombre des degrés qu'il défend d'étendre au-delà de trois.

Mais, comme l'observe Maillart sur l'art. 74 de la coutume d'Artois, n° 143, il est très-permis de révoquer en doute la légalité de cette prétendue déclaration: « Le grand con- » seil de Malines assure, dans une lettre » écrite au conseil privé de Bruxelles le 24 » avril 1663, qu'il n'avait trouvé la question » éclaircie par aucune résolution du roi ni du » conseil; de quoi ceux du conseil privé con- » viennent assez dans leur lettre du 25 sep- » tembre 1663, en répondant que le grand » conseil peut décider ainsi qu'il trouvera à » propos ».

Une autre raison de suspecter cette déclaration, c'est que (comme nous l'apprend Desjaunaux, dans son *Recueil d'Arrêts du parlement de Flandre*, tome 2, §. 294) la sentence du conseil d'Artois, du 20 février 1660, qui en avait adopté la prétendue décision, fut infirmée par un arrêt du parlement de Paris, du 6 août 1681, rendu en très-grande connaissance, et confirmé au conseil d'état le 25 septembre 1686.

Cet arrêt n'est pas le seul qui ait rejeté la supputation des degrés remplis avant l'édit perpétuel.

Stockmans, §. 32, nous en a conservé deux semblables du conseil souverain de Brabant, en date des 13 février 1647 et 3 avril 1661.

Maillart, à l'endroit cité, n° 137, en rapporte un autre rendu au parlement de Paris, le 22 juin 1671.

Desjaunaux, tome 2, §. 294, nous en retrace deux du grand conseil de Malines, des 29 novembre 1649 et 5 décembre 1663, qui jugent de même.

C'est ce que fait pareillement un arrêt du parlement de Flandre, du 23 décembre 1700, dont ce magistrat rapporte l'espèce au même endroit.

Ce dernier arrêt et celui du grand conseil de Malines, de 1663, vont plus loin encore: ils décident « que, si l'un des appelés avait » appréhendé avant l'édit, sa personne ne » ferait pas nombre entre les trois degrés, » *quoiqu'il eût encore vécu quelque temps* » *après l'édit avec la charge du fidéicom-* » *mis* ».

IV. Il ne faut pas oublier qu'il y a, dans le droit commun de la France, une espèce de biens qui peut, à certains égards, être substituée à l'infini : ce sont les duchés.

L'art. 6 de l'édit de 1711 permet « à ceux » qui ont des duchés-pairies, d'en substituer » à perpétuité le chef-lieu avec une certaine » partie de leur revenu jusqu'à 15,000 livres » de rente, auquel le titre et dignité de duché-» pairie demeurera annexé, sans pouvoir être » sujet à aucune dette ni distraction, de quel-» que nature qu'elles puissent être, après qu'on » aura observé les formalités prescrites par » les ordonnances pour la publication des » Substitutions. A l'effet de quoi (poursuit le » législateur), dérogeons au surplus à l'or-» donnance d'Orléans et à celle de Moulins, » et à toutes autres ordonnances, usages et » coutumes qui pourraient être contraires à » la présente disposition ».

L'art. 9 ajoute que « ce qui est porté par le » présent édit pour les ducs et pairs, aura lieu » pour les ducs non pairs, en ce qui peut les » regarder ».

[[V. On a déjà vu plus haut, sect. 1, §. 14, que les Substitutions fondées en forme de majorat, sont perpétuelles, ou du moins qu'elles durent aussi long-temps que la descendance masculine de celui qui en a obtenu la fondation, et que, par la loi du 17 mai 1826, les autres Substitutions sont limitées à deux degrés.]]

ART. III. *Comment doivent se compter les degrés ?*

I. Le tit. 1er de l'ordonnance de 1747 est entré là-dessus dans de grands détails.

L'art. 33 porte que « les degrés de Subs-» titutions seront comptés par têtes, et non » par souches ou générations, de telle ma-» nière que chaque personne soit comptée » pour un degré ».

L'art. 34 confirme cette disposition par le développement qu'il lui donne : « En cas que » la Substitution ait été faite au profit de » plusieurs frères, ou autres appelés conjoin-» tement, ils seront censés avoir rempli un » degré, chacun pour la part et portion qu'il » aura recueillie dans lesdits biens; en sorte » que, si ladite part passe ensuite à un autre » substitué, même à un de ceux qui avaient » été appelés conjointement, il soit regardé » comme remplissant, à cet égard, un second » degré ».

L'art. 34 contient une exception pour le passé à la décision des deux articles précédens : elle n'aura effet, porte-t-il, « que pour » les Substitutions qui seront faites à l'avenir » dans les pays où l'usage était de compter » les degrés par souches, n'entendant rien » innover en ce qui concerne les degrés qui » restent à remplir, des Substitutions faites » dans lesdits pays, par des actes entre-vifs » antérieurs à la publication des présentes, » ou par des dispositions à cause de mort, » lorsque celui qui aura fait lesdites disposi-» tions, sera décédé avant ladite publica-» tion ».

II. Pour faire une juste application de ce dernier article, il faut connaître quelle était, avant l'ordonnance de 1747, la jurisprudence des différentes cours sur la question dont il s'agit.

Les parlemens de Paris, de Grenoble, d'Aix, de Bordeaux, et le grand conseil, comptaient les degrés par têtes. Témoins Ricard, *des Substitutions*, nos 836 et 837; Expilly, chap. 146; Boniface, tome 2, liv. 2, chap. 9, et tome 3, liv. 2, tit. 13, chap. 4; et La Peyrère, lettre S, no 104.

Le parlement de Dijon les comptait par souches avant l'ordonnance de 1629; mais cette loi réforma sa jurisprudence. Elle déclara en effet, art. 124, que « dorénavant les degrés » de Substitutions et fidéicommis seraient » comptés par têtes et non par souches ou » générations, c'est-à-dire, que chacun de » ceux qui auraient appréhendé et recueilli » le fidéicommis, ferait un degré ».

Le parlement de Toulouse avait jugé, dès le principe, en faveur de la supputation par souches; et lorsqu'il enregistra l'ordonnance de 1629, il fit, sur l'art. 124, un arrêté portant, « que, sous le bon plaisir du roi, l'usage » contraire, reçu dans ce parlement, serait » gardé, nonobstant cet article de l'ordon-» nance ».

Il y avait cependant un cas où l'on comptait par têtes dans le ressort de cette cour : quand les degrés avaient été interrompus, si les enfans de l'aîné venaient à manquer, et que la Substitution passât à leur oncle, fils du testateur, celui-ci formait le troisième degré. C'est ce qu'atteste Boutaric, *Institutions au Droit français*, liv. 2, tit. 23, §. 11.

III. Revenons aux dispositions du tit. 1er de l'ordonnance de 1747 :

« Art. 36. Lorsque le grevé de Substitution aura accepté la disposition faite en sa faveur, soit expressément par des actes ou par des demandes formées en justice, soit tacitement, en s'immisçant dans la possession des biens substitués, il sera censé avoir recueilli l'effet de ladite disposition, en sorte que le premier

degré de Substitution soit compté après lui; ce qui aura lieu encore qu'il se fût désisté desdites demandes, ou les eût laissé périr ou prescrire, ou qu'il offrît de rendre les biens dont il serait mis en possession, avec les fruits par lui perçus. Voulons que le contenu au présent article, soit pareillement observé dans chaque degré de Substitution, lequel sera censé rempli dans les mêmes cas par chaque substitué.

» 37. Lorsque le grevé de Substitution aura renoncé à la disposition faite en sa faveur, sans s'être immiscé dans les biens substitués, ou qu'il sera mort sans l'avoir acceptée ni expressément ni tacitement, suivant ce qui est porté par l'article précédent, le substitué du premier degré en prendra la place; en sorte que les degrés de Substitution ne seront comptés qu'après lui; et dans les mêmes cas de renonciation ou d'abstention d'un des substitués, il ne sera point censé avoir rempli un degré; et celui qui sera appelé après lui, prendra sa place; le tout, encore que la renonciation ou l'abstention dudit grevé ou dudit substitué n'eût pas été gratuite.

» 38. N'entendons néanmoins que la disposition de l'article précédent puisse avoir lieu dans le cas où les créanciers du grevé ou du substitué auraient été admis à accepter la disposition faite à son profit, ou à demander l'ouverture de la Substitution au lieu de leur débiteur, pour jouir pendant sa vie des biens substitués, auquel cas les degrés de Substitutions seront comptés comme s'il avait recueilli lui-même lesdits biens ».

ART. IV. *A quels droits chaque ouverture d'un fidéicommis graduel, donne-t-elle lieu en faveur des seigneurs* [[*et aujourd'hui du fisc ?*]]

Cette question a été long-temps fort controversée.

Un arrêt du parlement de Paris, du 1er septembre 1640, rapporté par Henrys, liv. 3, quest. 26, a jugé que, quand le testateur institue un de ses parens collatéraux, et lui substitue ses enfans, il est bien dû un demi-lod pour l'institution, mais qu'il n'en est point dû pour la Substitution. C'était dans un pays où la donation en ligne collatérale produit des droits seigneuriaux, et où la succession en ligne directe n'y est pas soumise. Ainsi, l'arrêt a jugé qu'il fallait, à cet égard, considérer le substitué comme héritier du grevé.

Le même principe a servi de base à un autre arrêt de la même cour, du 20 mai 1727, par lequel il a été décidé « que le droit de relief » est dû (dans la coutume de Paris), lorsqu'un » fief substitué passe d'un collatéral à un col» latéral, quoique celui qui le recueille, soit » descendu en ligne directe de l'auteur de la » Substitution ».

Denisart, d'après qui nous rapportons cet arrêt, en critique la décision; et il faut convenir qu'elle n'est pas conforme au principe, *gravanti succeditur, non gravato;* mais Denisart a oublié de dire que nous n'en sommes pas moins obligés de la suivre, parcequ'elle a été érigée en loi par l'art. 56 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747.

Voici les termes de cet article: « Lorsqu'il » y aura des biens féodaux ou censuels, com» pris dans une Substitution, elle ne pourra » nuire ni préjudicier aux seigneurs dont les » biens sont mouvans; et en conséquence, il » en sera usé, à l'égard de chaque nouveau » possesseur des biens substitués, ainsi que » s'il avait pris la place du dernier possesseur » desdits biens, par la voie de la succession » ordinaire ou par une donation; en sorte » que, dans tous les pays et dans tous les cas » où les héritiers naturels et légitimes ou les » donataires sont sujets, dans les mutations, » au paiement du droit de relief ou autre » droit seigneurial, chaque substitué soit pa» reillement obligé d'acquitter les mêmes » droits: et réciproquement, lorsque les hé» ritiers naturels ou légitimes, et les dona» taires n'en sont pas tenus, les substitués en » seront pareillement exempts ».

[[Cette disposition est aujourd'hui sans objet pour les droits seigneuriaux, parcequ'il n'en existe plus. Mais l'esprit en est encore applicable aux droits de mutation dont la perception est confiée à l'administration de l'enregistrement du domaine.]]

V. ci-après, sect. 12, §. 2, n° 3.

§. V. *Du fidéicommis particulier.*

Le fidéicommis particulier est celui qui ne porte que sur des choses particulières et spéciales, et non sur une quotité de la succession du substituant.

Ce fidéicommis est de la même nature que le legs particulier, et se gouverne par les mêmes règles.

Ainsi, le substitué n'est point successeur à titre universel, et ne tient point lieu d'héritier, *non est loco heredis;* dès-lors, on sent bien qu'il ne peut pas être soumis personnellement au dettes du substituant; au contraire, la loi 57, D. *de legatis* 1°, lui donne une action en garantie contre l'héritier, en cas de poursuites de la part des créanciers du défunt sur la chose substituée. *V.* l'article *Légataire*, §. 7.

On a remarqué ci-devant, sect. 6, §. 1, que le fidéicommis particulier a, par rapport aux meubles qu'on veut y comprendre, des règles un peu différentes de celles qu'a, sur le même objet, le fidéicommis universel.

§. VI. *Du fidéicommis universel.*

Le fidéicommis que nous appelons *universel*, et que les Romains nommaient *fideicommissaria hereditas*, est celui qui comprend ou la totalité ou une quotité de la succession du substituant. Il en est parlé dans la loi 16, §. 7 et 8, D. *ad Trebellianum*; et dans le §. 8, Inst. *de fideicommissariis hereditatibus* (1).

Dans cette espèce de fidéicommis, le substitué est assimilé, sous certains rapports, à l'héritier: *heredis loco habetur*, dit la loi 44, §. 1, D. *ad Trebellianum*; il prend part, comme lui, à tous les droits actifs et passifs de la succession; et, comme lui, il est successeur du substituant à titre universel.

Il fut un temps où les héritiers, après avoir rendu la succession en tout ou en partie au fidéicommissaire universel, n'en demeuraient pas moins saisis des dettes actives, et sujets aux dettes passives du défunt. De là naissaient journellement des actions en recours, qui souvent devenaient illusoires, et étaient toujours très-désagréables. Le sénatus-consulte Trébellien, qui fut fait sous l'empereur Néron, remédia à ces inconvéniens, en ordonnant que, dans tout fidéicommis universel, les actions qui étaient à exercer, soit par l'héritier grevé, soit contre lui, passeraient de plein droit à la personne du fidéicommissaire, par l'effet de la restitution.

L'empire de Vespasien fut l'époque de deux nouveaux établissemens dans cette partie de la jurisprudence.

1° Un sénatus-consulte, qu'on appela *Pégasien*, du nom d'un des consuls qui le proposèrent, ordonna que l'héritier grevé retiendrait, en faisant la restitution, la quatrième partie de tous les biens compris dans la Substitution universelle. *V.* l'article *Quarte trébellianique*.

2° La même loi accorda au substitué le droit de forcer l'héritier grevé d'accepter la succession pour la rendre. Cette précaution était alors essentielle, parceque le refus de l'héritier institué de prendre qualité, rendait le testament nul, et faisait tomber par conséquent le fidéicommis. Mais dans nos mœurs, il ne peut plus en être question, parcequ'aux termes de l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 27, « la renonciation de l'héritier institué ne peut » nuire au substitué, lequel, audit cas, prend » sa place ». *V.* ci-après, sect. 17.

§. VII. *Du fidéicommis réciproque.*

I. Le fidéicommis réciproque est celui par lequel deux personnes sont grevées mutuellement l'une envers l'autre. *J'institue Pierre et Antoine, et je les substitue l'un à l'autre lorsqu'ils mourront.* Voilà un fidéicommis réciproque.

II. La *réciprocité* s'établit dans les Substitutions de la même manière que la *gradualité* dont on a parlé ci-devant, §. 4, art. 1.

Ainsi, on doit la distinguer en expresse et en tacite.

La réciprocité expresse se définit assez par elle-même.

La réciprocité tacite est celle qui, sans être ordonnée formellement par le testateur, résulte nécessairement des dispositions qu'il a faites.

En voici un exemple, tiré de la loi 87, §. 2, D. *de legatis* 2°: « Je lègue un fonds à Pierre » et à Jacques, et je charge le dernier mou» rant des deux de rendre ce fonds à An» toine ». Il y a bien là un fidéicommis exprès au profit d'Antoine; mais il y en a un autre tacite et réciproque au profit du dernier mourant des deux légataires, Pierre et Jacques. Comment en effet le dernier mourant pourrait-il rendre le fonds entier à Antoine, si la portion du prédécédé ne lui avait pas été remise?

Cette décision a servi de motif à deux arrêts du parlement de Toulouse, des 15 février 1630 et 29 décembre 1643, et à un autre du parlement de Grenoble, du 31 mai 1634, qu'on trouvera sous les mots *Substitution directe*, §. 4, n° 2.

Mais on doit bien prendre garde de l'étendre hors de ses termes. Deux choses concourent, dans l'espèce sur laquelle elle porte, à faire présumer nécessairement la réciprocité du fidéicommis: la première, c'est que *le survivant seul* est chargé de restituer au tiers; la seconde, qu'il est chargé de restituer *la totalité de la chose*. Sans le concours de ces deux circonstances, il ne pourrait pas y avoir de réciprocité tacite.

Par exemple, « Je fais Pierre et Paul lé» gataires de mes biens, et je substitue Jean » après leur mort ». Il est évident que, dans cette espèce, Pierre et Paul ne sont pas substitués l'un à l'autre. A la vérité, le testateur

(1) *V.* ce qu'on a dit au mot *Légataire*, §. 1, sur le véritable caractère du legs universel.

n'a pas exprimé qu'il les chargeait de rendre chacun sa portion à Jean; mais comme il n'y a aucune preuve qu'il ait voulu charger le survivant seul de rendre le tout, on doit supposer qu'il a entendu dans un sens distributif la Substitution qu'il a ordonnée au profit de Jean.

III. Un arrêt de la grand'chambre du parlement de Paris, du 30 avril 1776, a admis une réciprocité tacite dans cette espèce.

Les sieur et dame Boucher font un testament conjonctif, par lequel ils partagent tous leurs biens entre deux enfans qu'ils ont. La portion de chacun réglée, ils la substituent, en cas de décès de l'un d'eux sans enfans, *au profit des enfans de l'autre*. Le cas prévu par les testateurs, arrive : l'un des héritiers meurt sans enfans du vivant de son frère. Comme il avait fait des dispositions, celui-ci en demande la nullité, sur le fondement qu'il y a Substitution en sa faveur. On lui répond qu'il n'est point appelé; que ses enfans le seraient bien, s'il en avait, mais que n'en ayant point, rien ne peut empêcher l'effet des dispositions. La cause portée au châtelet, sentence qui le déboute. Appel au parlement, et, après une instruction par écrit, arrêt, au rapport de M. Le Fèvre d'Ammécourt, qui met l'appellation et ce au néant, émendant, déclare la Substitution ouverte au profit du frère survivant, et les dispositions du défunt nulles et de nul effet.

IV. Voici une autre espèce où le parlement de Bordeaux a jugé, par un arrêt du 8 juin 1649, qu'il n'y avait point de réciprocité tacite. Nous la rapportons d'après La Peyrère, lettre S, n° 94 :

« Le nommé Bigon, faisant son testament, institua son héritière universelle Jeanne Bigon, sa fille unique, mariée avec Claude de Bourgoing, et substitua à sadite fille les enfans mâles qu'elle avait ou pourrait avoir, sans que les filles pussent rien prétendre à ladite Substitution. Jeanne Bigon meurt, laissant cinq enfans mâles, et Michelle Bourgoing, sa fille.

» Les enfans mâles, à la réserve de Pierre Bourgoing, meurent sans enfans : Michelle Bourgoing demandant sa part de la succession de ses frères décédés, Pierre Bourgoing soutenait que la Substitution était réciproque entre les mâles, et qu'il devait exclure Michelle sa sœur.

» Jugé qu'il n'y avait point de réciprocité de Substitution. La raison de douter de l'arrêt, se prenait des termes, *sans que les filles pussent rien prétendre en la Substitution* ».

Cet arrêt proscrit bien formellement l'opinion de Guy-Pape, de Peregrinus, de Grassus et de quelques autres auteurs, suivant laquelle on devrait présumer une Substitution réciproque entre les mâles, toutes les fois que le testateur les a institués seuls, et qu'il a ordonné que ses filles se contenteraient de leurs dots. Cette opinion n'était guère soutenable dans le temps où on la proposait; mais elle l'est encore bien moins depuis que l'ordonnance de 1747 a aboli toutes les Substitutions purement conjecturales.

V. Il y a dans le recueil de Stockmans, §. 34, un arrêt du conseil souverain de Brabant qui a encore rejeté la prétention d'une réciprocité de fidéicommis qu'on étayait sur de simples présomptions.

Un aïeul et une aïeule qui n'avaient qu'un petit-fils, l'instituent héritier universel, et s'expliquent ensuite en ces termes : « Nous » ordonnons à notre petit-fils, à ses enfans » et aux enfans de ses enfans, de n'aliéner » aucune partie de notre succession, laquelle » nous voulons parvenir, après la mort de » notredit petit-fils, à sesdits enfans et enfans » d'iceux, pour être partagée entr'eux, sui» vant le droit commun du pays ». Quelques lignes plus bas, les testateurs réitèrent, contre chacun des appelés, la défense d'aliéner jusqu'au troisième degré, et ordonnent que les biens aillent jusqu'à la troisième génération inclusivement.

L'héritier institué laisse plusieurs enfans; l'un d'eux se trouvant sans postérité, dispose de toute sa portion de biens au profit de *ses* frères, et ne fait aucune mention de sa sœur. Après sa mort, procès sur la validité de cette disposition. La sœur la contestait, sur le prétexte que le testament conjonctif de leurs bisaïeuls ne *grevait* pas seulement chacun des appelés envers ses propres enfans, mais établissait entr'eux une Substitution réciproque en cas de mort sans postérité; ce qui résultait, suivant elle, de la généralité des termes dans lesquels était conçue la défense d'aliéner, et de l'affectation des testateurs à répéter cette défense.

Les frères répondaient : il est de principe que le fidéicommis réciproque ne peut pas s'établir par conjecture; jamais on ne doit le supposer, quand la disposition du testateur peut avoir son effet sans qu'il ait lieu. Or, au cas présent, les termes du testament conjonctif, *laquelle nous voulons parvenir aux enfans de notre petit-fils et aux enfans de ceux-ci*, ces termes ont tout leur effet, dès que chacun des arrière-petits-enfans laisse aux enfans qu'il peut avoir, la part qu'il a

recueillie des biens des testateurs. Si le testament conjonctif portait, *nous voulons que tous nos biens parviennent dans leur parfaite intégrité à nos descendans à toujours*, à la bonne heure, il y aurait, suivant Séraphin, décis. 1023, une réciprocité tacite dans le fidéicommis; mais les testateurs ne se sont pas servis de ces termes, et on ne peut pas leur faire dire ce qu'ils n'ont pas dit réellement.

Sur ces raisons, arrêt est intervenu en révision solennelle, au mois d'avril 1656, par lequel la sœur a été déboutée de sa demande, et l'exécution du testament du frère a été ordonnée dans tous ses points.

VI. Voici un arrêt que j'ai vu rendre le 23 février 1778, à l'ouverture du rôle de Paris.

Le marquis d'Harraucourt, chevalier d'honneur au sénat de Chambéri, avait trois enfans, deux fils, et une fille, duchesse de Phalaris. Par son testament passé à Chambéri, le 30 mai 1705, il a institué ses trois enfans héritiers, et a substitué fidéicommissairement ses deux fils l'un à l'autre, en cas de mort sans enfans; après quoi il a ajouté : « Au cas que » tous mesdits enfans, fils ou fille, viennent à » mourir sans enfans mâles ou femelles, je » veux que tous mes biens passent à la vicom» tesse de La Blache, ma très-chère épouse, » pour une moitié, et à mes plus proches pa» rens du nom d'Harraucourt pour l'autre » moitié ».

L'un des fils du testateur est mort sans enfans; et par là, le fidéicommis réciproque s'est ouvert au profit de l'autre, qui, par la suite, est également décédé sans enfans, après avoir fait donation entre-vifs de tous ses biens, et même de ceux qui lui venaient de son père, au vicomte de La Blache.

La duchesse de Phalaris a fait assigner le donataire au châtelet, pour voir déclarer ouverte la Substitution qu'elle prétendait établie en sa faveur par le testament de son père, pour le cas arrivé où ses deux frères seraient morts sans enfans. Déboutée de sa demande par sentence contradictoire, elle en a interjeté appel.

M. de La Martinière, son défenseur, a dit :

« Le testament du marquis d'Harraucourt n'appelle la vicomtesse de La Blache et les collatéraux du testateur, qu'au cas que ses deux fils et sa fille viennent à mourir sans enfans. De là cette conséquence nécessaire, que le testateur a préféré sa fille aux étrangers substitués. S'il la leur a préférée, il l'a donc appelée en cas que ses deux fils mourussent sans enfans : car de quoi servirait cette préférence, si elle ne renfermait pas une vocation? L'existence de la fille au moment de la mort de ses deux frères, empêche la Substitution de s'ouvrir en faveur des étrangers; il faut donc que la fille en profite elle-même.

» On ne peut interpréter autrement la volonté du testateur, sans dire qu'il a moins favorisé sa fille que des étrangers, ce qui serait absurde. Les principes des lois se réunissent à la doctrine des auteurs et à la décision des arrêts, pour établir cette interprétation. Un testateur appelle un étranger pour recueillir tous ses biens après la mort du dernier de ses enfans : par cela seul il est censé substituer ses enfans les uns aux autres; les lois le disent, les auteurs l'enseignent, et les arrêts le jugent ainsi.

» On admet donc, en fait de Substitutions, toutes les conjectures qui sont justes et légitimes. Or, en fut-il jamais une plus juste et plus légitime que celle qu'invoque la duchesse de Phalaris? Le marquis d'Harraucourt aurait-il voulu donner à sa fille une préférence infructueuse sur des étrangers, en appelant ceux-ci après elle, sans l'appeler elle-même »?

M. Target répondait pour le vicomte de La Blache :

« Les Substitutions fidéicommissaires sont de droit étroit; on ne peut les établir ni les étendre par conjectures; et si elles ne sont exprimées clairement, on ne doit y avoir aucun égard. Or, la Substitution dont la duchesse de Phalaris demande ici l'ouverture, est-elle bien claire, et peut-on l'admettre sans le secours de conjectures? Il est aisé de sentir que non.

» Premièrement, la duchesse de Phalaris n'est point appelée expressément; et la première idée que fait naître le silence du testateur à son égard, c'est qu'il n'a point voulu étendre jusqu'à elle l'avantage de la Substitution.

» En second lieu, admettons que, dans nos mœurs, l'obligation imposée par le testateur au dernier mourant de ses héritiers, de restituer toute la succession à un tiers, emporte, comme dans le droit romain, une réciprocité de fidéicommis entre tous les institués, il ne s'ensuivra pas encore que la duchesse de Phalaris puisse se dire appelée. *Trois circonstances* (dit Ricard, *Traité des Substitutions*, n° 396) *sont nécessaires pour produire la nécessité sur laquelle le fidéicommis tacite et réciproque qu'introduit cette obligation, est fondée : la première, que ceux qui sont présumés réciproquement substitués, soient honorés par le testateur, et compris dans sa disposition en qualité de légataires; la se-*

conde, que le fidéicommis exprès soit laissé à prendre de la main du dernier mourant; et la troisième, qu'il soit chargé de restituer le legs entier fait aux deux légataires.

» De ces trois conditions, la seconde ne se rencontre certainement pas dans le testament du marquis d'Harraucourt. Il laisse, à la vérité, ses biens à ceux qu'il appelle après la mort du dernier vivant de ses enfans, mâles ou femelles, mais ce n'est point de la main de ce dernier vivant qu'il veut que les substitués les prennent. Il se sert de termes impersonnels, *je veux que tous mes biens passent*, etc. Sa disposition tombe donc précisément dans l'espèce prévue par Ricard, n° 419 : *On doit encore observer*, dit cet auteur, *que, dans les cas auxquels nous avons dit qu'il y avait fidéicommis tacite réciproque entre les légataires par la considération de ce que la chose léguée était laissée après le décès du dernier vivant, nous avons supposé qu'il était chargé nommément de restituer; car si la substitution était faite impersonnellement pour avoir lieu après la mort du dernier des légataires, comme il ne se trouve point particulièrement chargé, et que le fidéicommis est; en ce cas, plus réel que personnel, on ne peut pas induire une Substitution tacite en sa faveur; et la chose, par les termes de la disposition, se trouvant particulièrement chargée, et non la personne du dernier vivant, les biens légués doivent demeurer en la possession des héritiers de chaque légataire, jusqu'à l'échéance de la condition qui est attachée à la mort du dernier; d'autant que la Substitution réciproque ne s'induit, ainsi que nous avons établi, que dans la nécessité, et lorsque le dernier des légataires est nommément chargé de restituer la chose entière.*

» D'après une décision aussi formelle, il est indubitable que le marquis d'Harraucourt fils n'était point grevé envers la duchesse de Phalaris, sa sœur, mais seulement envers sa mère et ses collatéraux paternels, en cas que lui, son frère et sa sœur vinssent à mourir sans enfans. L'existence de la dame de Phalaris ne fait que suspendre la condition du fidéicommis fait au profit de la vicomtesse de la Blache et de la maison d'Harraucourt; et pendant cette suspension, les biens ne peuvent, suivant Ricard et la saine raison, appartenir qu'au représentant du dernier possesseur, c'est-à-dire, au vicomte de La Blache, son légataire universel ».

M. de La Martinière répliquait :

« C'est jouer sur les mots que de s'arrêter, comme fait le vicomte de la Blanche, à l'impersonnalité des termes dans lesquels est conçue la Substitution, pour en inférer qu'elle n'est point réciproque tacite. Qu'importe que le marquis d'Harraucourt ait dit : *Je substitue ma femme et mes parens du nom d'Harraucourt au dernier vivant de mes enfans, dans tous mes biens*, ou qu'il ait dit : *Au décès du dernier vivant de mes enfans, je veux que tous mes biens passent à ma femme et à mes parens*? Quelle différence y a-t-il, quant au sens, entre ces deux phrases? Dans l'une comme dans l'autre, le testateur a préféré le dernier vivant de ses enfans, aux étrangers qu'il appelle; et par conséquent ce dernier vivant est réellement appelé dans la seconde phrase aussi bien que dans la première.

» C'est mal à propos, et par un excès de subtilité, que Ricard a regardé l'impersonnalité des termes comme un signe que le testateur ne veut pas introduire entre ses héritiers chargés de rendre à un tiers, une Substitution réciproque; et son avis a été formellement proscrit par les deux arrêts du parlement de Toulouse, de 1630 et 1643 (rapportés ci-devant) ».

M. l'avocat-général Séguier a dit :

« Il est inutile, dans cette cause, de recourir à l'autorité des lois romaines, à la doctrine des auteurs, à la jurisprudence des arrêts; c'est le testament seul qu'il faut consulter. Il est de principe qu'on ne doit rien ajouter à une disposition de dernière volonté, lorsqu'elle peut recevoir son exécution, telle qu'elle est conçue. Or, la clause litigieuse du testament du marquis d'Harraucourt, présente d'elle-même un sens naturel et raisonnable, sans qu'on y ajoute, au profit de la dame de Phalaris, une Substitution qui ne s'y trouve pas écrite.

» Si le testateur avait dit qu'il chargeait le dernier mourant de ses enfans, mâle ou femelle, de restituer tous ses biens à la vicomtesse de la Blache et à la maison d'Harraucourt, point de doute que la duchesse de Phalaris ne fût appelée, conformément au §. 2 de la loi 87, D. *de legatis* 2°, qu'elle cite. Mais le testateur ne s'est pas exprimé ainsi : il a substitué ses biens à tel et tel, en cas que tous ses enfans, fils ou fille, vinssent à mourir sans enfans mâles ou femelles; par là, il est vrai, il a mis les enfans de ses enfans en condition, mais il est constant que la condition n'emporte point de vocation : l'ordonnance de 1747 a consacré ce principe, et il était admis auparavant, non-seulement en France, non-seulement dans le ressort du parlement de Dijon, lieu de la situation des

biens, mais encore dans la Savoie, patrie et domicile du testateur.

» On doit donc considérer la dame de Phalaris comme mise en condition relativement à la Substitution établie en faveur de la dame de la Blache et de la maison d'Harraucourt; c'est dans ce sens seul qu'elle peut se vanter d'avoir été préférée par son père, à ceux que celui-ci a appelés à son défaut; son existence suspend la Substitution, mais elle ne peut pas, pour cela, se dire substituée; son père est censé avoir voulu laisser subsister à son égard l'ordre des successions légitimes ».

Par ces considérations, M. l'avocat-général a estimé qu'il y avait lieu de confirmer la sentence, et de condamner l'appelante à l'amende; et l'arrêt qui est intervenu sur-le-champ, a adopté ses conclusions.

VII. Un testateur s'exprime en ces termes : *J'institue mes trois enfans, et je les substitue réciproquement en cas de décès sans postérité.* Un des trois institués meurt après avoir recueilli : par là, sa portion se divise entre ses deux frères. L'un de ceux-ci dispose de la moitié qui lui en est échue, en faveur d'un étranger, et décède : le survivant peut-il attaquer cette disposition, comme frappant sur un objet fidéicommissé à son profit?

Stokmans, §. 33, rapporte deux arrêts du conseil de Brabant, du mois de mars 1644 et du 30 mars 1651, qui ont jugé pour la négative. On en sent la raison : c'est que le testateur n'a pas fait une Substitution graduelle, mais simple, et qu'elle a été consommée, pour la part du premier mourant dans sa propre personne. La loi 96, D. *de legatis* 3°, confirme cette décision.

Mais si, après avoir substitué ses enfans les uns aux autres, le testateur avait dit, *en sorte que les biens des prédécédés accroissent toujours aux survivans*, la portion qu'un des co-héritiers aurait recueillie de son frère, serait comprise dans la Substitution dont il se trouverait lui-même grevé. C'est ce qu'a décidé un arrêt du parlement de Flandre, du 9 mars 1699, rapporté par Desjaunaux.

[[VII *bis*. Les arrêts qui prononcent sur ces sortes de questions, peuvent-ils être cassés sous le prétexte qu'ils ont mal interprété les dispositions du testateur?

V. ci-après, sect. 16, n° 5.]]

VIII. « J'institue pour mes héritiers Pierre » et Jean. Je lègue à Pierre une telle maison » par préciput. Je veux que Pierre et Jean » soient substitués réciproquement l'un à » l'autre, au cas qu'ils viennent à mourir » sans enfans ». Dans cette espèce, le prélegs dont j'ai gratifié Pierre, entre-t-il dans la Substitution ?

Il ne peut y avoir de doute sur l'affirmative. Je n'ai mis à la Substitution que j'ai faite, aucune restriction; et dès-lors, elle doit comprendre tout ce que chacun de ceux à qui je l'ai imposée, tiennent de ma libéralité.

Il en serait de même à plus forte raison, si j'avais substitué Pierre et Jean *dans tout ce qui leur proviendrait de mon hérédité;* car la loi 16, C. *de fideicommissis*, décide qu'en ce cas, le prélegs entre dans le fidéicommis.

La loi 3, §. 4, D. *ad Trebellianum*, décide la même chose dans l'espèce d'un testament par lequel le défunt avait fidéicommissé *la portion* d'un de ses héritiers.

Mais, suivant la loi 18, §. dernier du même titre, il en est tout autrement, lorsque le fidéicommis porte expressément sur *la portion héréditaire*. Comme la portion héréditaire ne peut être formée que de biens recueillis à titre d'héritier, c'est aussi sur ces biens seuls que le fidéicommis tombe. Or, les *prélegs*, comme on l'a vu sous ce mot, ne se prennent à titre d'héritier que jusqu'à concurrence de la portion dans laquelle sont institués ceux à qui ils sont faits; ainsi, dans l'espèce proposée, où Pierre et Jean se trouvent héritiers chacun pour une moitié, Pierre ne recueillera, par droit héréditaire, que la moitié de son prélegs; le surplus lui appartiendra comme legs simple; et par cette raison, le fidéicommis dont il est grevé, n'affectera ce prélegs que pour la moitié.

Cette décision serait sans doute encore suivie dans les pays où l'on a conservé l'usage et les effets de l'institution d'héritier; mais, dit Stokmans, à l'endroit cité, on ne doit plus s'y arrêter dans les pays où il est de règle qu'*institution d'héritier n'a lieu. Cùm apud nos*, ce sont les termes de ce magistrat, *titulus hereditarius et prælegati non adeò disjuncti aut differentes sint, ut prælegando aliud jus existimantur testatores respexisse et propositum sibi habuisse, atque instituendo, tabellionibus ea ferè confundentibus in testamentis, vix ambigo quin si scriptum sit heredem portionem hereditariam debere restituere, etiam prælegatum universum veniat restituendum.* Et dans le fait, il y a un arrêt du parlement de Flandre qui le juge ainsi. On le trouve dans le recueil du procureur général Baralle, page 342.

Il a même été décidé par un arrêt du parlement de Toulouse, du 16 novembre 1665, rapporté dans le recueil de Catellan, liv. 2,

chap. 78, qu'en pays de droit écrit, les prélegs sont compris dans la Substitution de l'*hérédité*, lorsqu'ils la précèdent dans l'ordre de l'écriture.

§. VIII. *Du fidéicommis compendieux.*

On a déjà parlé de ce fidéicommis à l'article *Substitution directe*, §. 5.

Il ne nous reste ici que deux observations à faire sur ce point.

La première est que, dans notre usage, le seul mot *je substitue*, suffit pour former la Substitution compendieuse : en effet, on a vu plus haut, sect. 8, que ce terme emporte parmi nous la fidéicommissaire, et personne n'ignore qu'il convient aussi à la vulgaire. Ainsi, un testateur, ayant dit simplement, *j'institue Pierre et je lui substitue Antoine*, il y aura, selon nos mœurs, une Substitution compendieuse qui se résoudra en vulgaire, si Pierre n'est pas héritier, et en fidéicommissaire, si Pierre décède après avoir accepté la succession.

La seconde observation est qu'il ne peut pas y avoir de Substitution compendieuse dans le premier degré d'une Substitution faite par une donation entre-vifs. Par exemple, *je donne entre-vifs ma maison à Pierre; après sa mort, je lui substitue Antoine; et après la mort d'Antoine, je substitue Jean.* Pierre est saisi par la donation de l'héritage dont je le gratifie; dès-lors, il ne peut pas y avoir lieu à la Substitution vulgaire pour Antoine; et par conséquent la Substitution que j'ai faite au profit de celui-ci, n'est point compendieuse.

Mais il en est autrement au second degré. Si Antoine n'accepte pas le fidéicommis, lorsqu'il sera ouvert, Jean y viendra directement par le droit de Substitution vulgaire. Ainsi, la Substitution faite en faveur de Jean, est vraiment compendieuse.

§. IX. *Du fidéicommis de ce qui restera*, de eo quod supererit.

I. Cette espèce de fidéicommis porte sa définition avec soi ; il se fait ordinairement en ces termes : « J'institue un tel ; et je veux » qu'à son décès, il rende à un tel ce qui lui » restera de mon hérédité *ou* de mes biens ».

Les lois 70, §. 3, D. *de legatis* 2°; 54 et 58, §. 8, D. *ad Trebellianum*, nous offrent des exemples de ce fidéicommis.

II. L'héritier qui en est chargé, peut certainement aliéner, puisqu'il n'est tenu de rendre que ce qu'il n'aura pas mis hors de sa main.

Mais ce pouvoir n'est pas indéfini : les deux lois qu'on vient de citer, disent qu'il doit être réglé *par l'arbitrage d'un homme de bien*, ARBITRIO BONI VIRI; ce qui signifie que le grevé peut bien aliéner pour ses besoins réels, de bonne foi et sans fraude, mais non pas à titre de don ou pour convertir les biens en argent à son profit.

La novelle 108 de Justinien fixe même, à l'égard des aliénations faites de bonne foi, des bornes dont elle ne permet pas à *l'arbitrage du juge* de s'écarter : elle veut que, dans un pareil fidéicommis, le grevé soit obligé de laisser au substitué le quart des biens, et ne lui conserve son ancienne liberté d'aliéner, que jusqu'à concurrence des trois quarts.

Il y a cependant trois cas où elle permet au grevé qui n'a pas d'autres biens, d'entamer, même par donation, le quart réservé au substitué : le premier est lorsqu'il s'agit de doter une fille ; le second, de faire à une femme qu'on épouse, les avantages nuptiaux ordinaires ; le troisième, de racheter des captifs.

Pas un auteur, si ce n'est Thevenot d'Essaule, n'a dit un mot sur la question de savoir si ces trois exceptions seraient reçues dans nos mœurs, au cas que l'espèce de l'une ou de l'autre se présentât. Thevenot est d'avis que, sur les deux premières, il faut suivre les dispositions de l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 44 et suivans ; mais il ne croit pas que la troisième puisse être admise dans les pays coutumiers.

Au reste, il y a plusieurs cas où le grevé d'un fidéicommis de ce qui restera, n'est pas censé avoir aliéné, quoiqu'il l'ait fait réellement. C'est ce qu'on a remarqué à l'article *Subrogation de chose*, sect. 1. Voici un arrêt qui confirme les principes écrits dans l'un des textes qu'on y a cités (nous le rapportons d'après Serres, *Institutions au Droit français*, liv. 2, tit. 24, §. 2) : « Jean Vaissière » avait institué héritière Marguerite Vidal, » sa femme, pour de son hérédité faire et » disposer à ses plaisir et volonté, à la charge » seulement de rendre son hérédité en l'état » qu'elle se trouverait à la fin de ses jours, » à Jacques et Pierre Vaissière, ses frères. » Les substitués demandèrent à l'héritier de » Marguerite Vidal le remplacement d'une » partie de 856 livres qu'elle avait levée des » biens délaissés par le testateur ; il fut jugé » (par arrêt du parlement de Toulouse, du » 1er août 1732) qu'il devait remplacer cette » somme ».

[[III. La Substitution de ce qui restera, est-elle, hors des cas exceptés tant par les art. 1348 et 1349 du Code civil que par la loi du 17 mai 1826, comprise dans la prohibition dont l'art. 896 du Code frappe les Substitutions en général?

V. mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 13.]]

IV. Nous avons parlé aux mots *Réglement ab intestat*, d'une espèce de disposition fort usitée dans la Belgique, qui a quelque affinité avec le fidéicommis dont il est ici question.

[[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, à l'endroit indiqué au n° précédent.]]

§. X. *Du fidéicommis de la famille.*

I. Il arrive très-souvent qu'un substituant appelle collectivement, ou sa famille, ou celle de l'héritier ou donataire immédiat. Il faut passer en revue tout ce qu'il y a de particulier à ces sortes de Substitutions.

Dans un acte de donation entre-vifs, on trouve une clause conçue en ces termes: « Le » donateur entend que la maison dont il fait » par ces présentes donation à un tel, soit subs- » tituée à toujours au profit de sa famille ». Les mots *sa famille* se rapportent-ils au donateur ou au donataire?

Ricard distingue si le donataire est parent du donateur, ou s'il lui est étranger.

Au premier cas, il décide que le donateur doit être présumé avoir entendu parler de sa propre famille; et il fonde cette résolution sur l'attachement naturel que chacun a pour ses parens, et la préférence qu'il est ordinairement enclin à leur donner sur des étrangers.

Au second cas, Ricard estime qu'on doit entendre la famille du grevé, parceque le donateur ayant mis le bien hors de sa propre famille par la donation qu'il en a faite à un étranger, on ne peut plus invoquer en faveur de celle-ci la présomption d'attachement naturel.

« Cette décision (dit Pothier) paraît souf- » frir quelque difficulté, et la raison sur la- » quelle Ricard se fonde, ne paraît pas tout- » à-fait concluante: le donateur a pu préférer » la personne de son donataire étranger à sa » propre famille, par des motifs puissans et » personnels à ce donataire, sans qu'on en » puisse conclure qu'il a pareillement pré- » féré la famille de ce donataire à la sienne ».

On peut ajouter que, dans le doute, la règle est de réduire les libéralités plutôt que de les étendre: *in obscuris quod minimum est sequimur.* Or, un donateur diminue certainement plus, par une Substitution faite au profit de sa famille, l'avantage de la donation dont il a gratifié un étranger, qu'il ne le diminuerait par une Substitution au profit des parens de celui-ci. C'est donc au premier parti que les principes assurent la préférence.

II. Dans le fidéicommis fait au profit d'une famille, doit-on regarder comme appelés, tous les parens qui composent cette famille au temps de l'ouverture?

La loi 32, §. 6, D. *de legatis* 2°, s'explique sur cette question d'une manière assez équivoque: « Dans le fidéicommis qui est » laissé à la famille (dit-elle), on doit ad- » mettre à la demande de la chose qui en » est l'objet, les personnes que le testateur a » expressément nommées; et après leur » mort, ceux qui étaient parens au défunt » lors du décès du testateur, et leurs descen- » dans au premier degré: *Qui ex nomine de- » functi fuerint eo tempore quo testator mo- » reretur, et qui ex his primo gradu procreati » sint;* à moins que le testateur n'ait spécia- » lement étendu sa volonté à d'autres per- » sonnes ».

Le sens naturel des termes de ce texte semblerait être que les appelés de droit sont, et les parens qui existaient au temps de la mort du testateur, et leurs descendans au premier degré, sans néanmoins que rien indique une gradualité et un ordre successif entr'eux.

Mais la loi ainsi entendue serait bien bizarre. Quelle raison y aurait-il, en admettant concurremment des personnes de différens degrés, de restreindre la vocation à celles du plus proche et à leurs enfans? Le bon sens ne veut-il pas, ou que les parens plus proches excluent tous les autres, ou que, si l'on commence par en admettre quelques-uns avec eux, il n'y ait plus d'exclusion pour personne?

Il faut donc dire avec Ricard (*Traité des Substitutions*, n° 520), que, dans ce texte, les mots *qui ex his* sont synonymes de *qui inter eos;* et alors, le sens de la loi sera que tous les parens du testateur sont appelés, mais que, dans le nombre, ceux du premier degré, ou, en d'autres termes, les plus proches, doivent avoir la préférence, à moins que le testateur n'ait étendu sa disposition à tous les degrés de sa parenté.

La loi 69, §. 3, D. *de legatis* 2°, confirme cette interprétation: « Un testateur, après » avoir institué son frère, a demandé que sa » maison ne fût pas aliénée, mais qu'on la

» conservât dans sa famille. Si la maison est » aliénée, tous ceux qui seront de la famille, » pourront demander le fidéicommis. Que » sera-ce donc s'ils ne sont pas tous au même » degré? En ce cas, il faudra tempérer la » chose, de manière que le plus proche soit » censé appelé le premier ».

Mais, à cet égard, comment faut-il calculer la proximité? Est-ce à la personne du testateur, est-ce à celle du grevé, que l'on doit la rapporter? Cette question, qui n'en peut être une que pour le cas où le grevé est lui-même de la famille du testateur, a été jugée diversement à Toulouse et à Douai.

Un arrêt du parlement de Toulouse, du 4 septembre 1585, rapporté par le président Maynard, liv. 5, chap. 52, a décidé que la préférence doit être donnée aux personnes qui tiennent de plus près à l'auteur de la Substitution (1). On s'est fondé sur ce que l'appelé, en quelque degré qu'il puisse être, prend les biens substitués, comme s'ils sortaient de la main du testateur, *gravanti succeditur, non gravato ;* et que d'ailleurs, en remontant à l'intention primitive de celui-ci, on doit présumer que ses plus proches parens sont ceux qui ont eu le plus de part à son affection, et qu'il a eu dessein de préférer.

Mais le contraire a été jugé, comme on le voit dans le recueil du président Desjaunaux, tome 2, §. 194, par un arrêt du parlement de Flandre, du 10 décembre 1667, sur le principe qu'on ne doit pas présumer que l'auteur de la Substitution se soit écarté de l'ordre des successions *ab intestat ;* que la loi défère les biens à ceux d'entre les parens qui se trouvent les plus proches du dernier possesseur ; qu'ainsi, dans notre espèce, les plus proches parens du grevé ont la présomption légale en leur faveur, et méritent par conséquent la préférence.

Cette décision est, sans contredit, plus juridique que celle de l'arrêt du parlement de Toulouse ; et ce qui doit aujourd'hui la faire regarder comme une loi, c'est que l'art. 22 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 confirme expressément le principe sur lequel elle est fondée : voici ses termes : « Dans les Substi- » tutions auxquelles les filles sont appelées » au défaut des mâles, elles recueilleront » les biens substitués dans l'ordre qui aura » été réglé entr'elles par l'auteur de la Substi- » tution ; et s'il n'a pas pas marqué expressé- » ment ledit ordre, celles qui se trouveront les » plus proches du dernier possesseur desdits » biens, les recueilleront, en quelque degré » de parenté qu'elles se trouvent à l'égard » de l'auteur de la Substitution ; et encore » qu'il y eût d'autres filles qui en fussent » plus proches, ou d'une branche aînée ».

La loi 32, §. 6, D. *de legatis* 2°, qu'on analysait tout à l'heure, ne contrarie nullement cette doctrine. Elle dit, à la vérité, qu'on doit considérer la proximité au temps de la mort du testateur, *eo tempore quo testator moreretur ;* mais elle ne parle que dans l'hypothèse d'un fidéicommis pur, qui s'ouvre au décès du testateur.

[[*V.* l'article *Majorat*, §. 5.]]

III. Autre question. Entre les parens les plus proches du grevé, doit-on précisément suivre l'ordre légal des successions *ab intestat*? Par exemple, entre les enfans du grevé qui recueillent la Substitution faite à sa famille, l'aîné doit-il avoir les mêmes prérogatives d'aînesse qu'il aurait dans la succession *ab intestat* de son père? Entre les collatéraux (et même, dans certaines coutumes, entre les enfans) du grevé qui se trouvent au même degré, les mâles doivent-ils exclure les filles dans les biens féodaux? Les parens qui tiennent au défunt par un double lien, ont-ils la préférence sur les parens d'un seul côté? Dans les coutumes de représentation, le neveu d'un frère prédécédé du grevé représentera-t-il son père?

Sur toutes ces questions, on peut dire en faveur de l'ordre des successions *ab intestat*, que le substituant n'ayant point déclaré de quelle manière les appelés partageraient les biens, est censé s'en être rapporté à la loi ; que, s'il est permis à l'homme de changer par ses dispositions l'ordre prescrit par la loi, au moins faut-il qu'il témoigne clairement le vouloir, et que, dans tous les points sur lesquels il ne s'est pas expliqué, l'ordre de la loi doit être suivi. Ajoutons qu'un arrêt du parlement de Paris, de 1604, et un autre du parlement de Flandre, du 23 décembre 1700, inséré dans le recueil du président Desjaunaux, ont confirmé cette opinion pour le droit d'aînesse; et que l'art. 22 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, qu'on citait tout à l'heure, paraît lui donner un nouvel appui, en voulant

(1) Cuvelier, §. 266, rapporte un arrêt du grand conseil de Malines, du 19 octobre 1619, par lequel il dit avoir été pareillement jugé qu'en matière de succession, c'est la proximité du donateur ou testateur, et non pas celle du donataire chargé de fidéicommis, qu'on doit considérer. Mais en examinant l'espèce de cet arrêt, on voit qu'il n'a rien décidé de semblable. Il ne s'agissait pas de fidéicommis : toute la question roulait sur un droit de retour que le donateur avait stipulé, tant à son profit qu'à celui de ses parens. *V.* l'article *Réversion*.

que l'on ne s'attache, pour la préférence entre les appelés, qu'à l'ordre de la proximité au dernier possesseur.

Néanmoins, dit Pothier, il semble que l'ordonnance même de 1747 « n'a eu aucun égard » à ces raisons, et qu'elle a voulu que, pour » l'ordre dans lequel les parens d'une famille » appelés à une Substitution, la recueillerai-» ent, on n'eût égard qu'à la seule proxi-» mité, sans considérer aucunement l'ordre » établi pour les successions *ab intestat*, à » moins que l'auteur de la Substitution n'eût » expressément déclaré par l'acte, qu'il en-» tendait que la succession fût déférée dans » l'ordre des successions *ab intestat*. Elle l'a » décidé expressément, art. 21, pour le cas » de la représentation, qu'elle déclare ne » devoir avoir lieu dans les Substitutions, » soit en directe, soit en collatérale, si l'au-» teur de la Substitution n'a ordonné expres-» sément que la Substitution serait déférée » dans l'ordre des successions. Il y a même rai-» son pour le décider dans les autres cas. » C'est pourquoi on doit décider, selon l'es-» prit de la nouvelle ordonnance, qu'entre » les enfans du grevé, l'aîné ne prendra » dans les biens substitués aucune prérogati-» tive d'ainesse; qu'entre les collatéraux du » grevé, les mâles ne seront point préférés » aux filles dans les biens féodaux; que les » parens du double lien ne seront pas préfé-» rés à ceux du simple lien; parcequ'il y a » même raison de décider dans ces cas que » pour celui de la représentation; qu'on ne » doit considérer que la seule proximité du » degré, sans avoir égard à l'ordre établi » pour les successions *ab intestat*; puisque » les successions par Substitution sont entiè-» rement contraires aux successions légiti-» mes; ce qui a été établi à l'égard des unes, » ne peut avoir d'application à l'égard des » autres ».

Ainsi, selon Pothier, l'esprit qui a dicté les arrêts de 1604 et 1700, est changé depuis l'ordonnance de 1747; et c'est en effet ce que plusieurs avocats célèbres ont soutenu dans une instance jugée à la troisième chambre des enquêtes du parlement de Paris, au mois de juillet 1780, sur l'appel d'une sentence du conseil provincial d'Artois.

L'espèce de cet arrêt est simple, mais particulière. Le sieur Ansart de Mouy, par son testament fait à Arras, le 7 février 1771, avait, *en s'écartant sur quelques points de l'ordre des successions* AB INTESTAT, établi une Substitution à laquelles les dames Blin de Wanquetin et Le Ducq, ses nièces, se trouvèrent, par le fait, les premières appelées. Question de savoir si la dame de Wanquetin, qui était l'aînée, devait exercer sur les fiefs situés en Artois, les droits d'aînesse qu'elle aurait incontestablement eus en vertu de la coutume, s'il se fût agi d'une succession *ab intestat*. Après un appointement en droit, sentence qui juge *una voce* pour la négative. Appel; et arrêt qui met l'appellation au néant, avec amende et dépens.

IV. Nous avons parlé, au commencement de ce paragraphe, du fidéicommis que renferme la défense d'aliéner hors de la famille; il faut en développer ici les particularités.

D'abord, remarquons une différence entre ce fidéicommis et celui qui est fait expressément au profit de la famille, avec défense d'aliéner.

Le premier dépend d'une condition qu'il est au pouvoir du grevé de faire manquer: comme il ne doit avoir lieu que dans le cas où le grevé aliénerait hors de la famille, celui-ci peut l'éluder, en disposant au profit de telle personne de la famille que bon lui semble: la loi 4, C. *de fideicommissis*, lui en laisse expressément la faculté.

Le second, au contraire, est pur et simple: que le grevé aliène ou n'aliène pas, la chose est égale; dès qu'une fois le moment fixé pour l'ouverture du fidéicommis est arrivé, les plus proches parens du grevé peuvent en demander la délivrance.

[[*V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 10.]]

V. A laquelle de ces deux espèces de fidéicommis faut-il rapporter cette disposition: « Je veux que mes enfans ne puissent vendre, » changer ni aliéner les biens que je leur » laisse, pour le tout retourner à la côte et » ligne d'où ils procèdent »?

Un arrêt du parlement de Flandre, de 1691, a jugé que c'était un fidéicommis conditionnel; et en conséquence, a confirmé, malgré les réclamations des parens les plus proches, la donation que le grevé avait faite à un parent plus éloigné. Il est rapporté, avec les motifs sur lesquels il a été rendu, par Dubois d'Hermanville, §. 64.

VI. Toutes les espèces d'aliénations donnent-elles ouverture au fidéicommis qui résulte de la défense d'aliéner hors de la famille?

Cela est sans difficulté, lorsque la défense est indéfinie. La loi 69, §. 3, D. *de legatis* 2°, décide même que, si le grevé fait, en pareil cas, une institution d'héritier, sans en excep-

ter les biens qu'il lui est défendu d'aliéner, cette disposition seule ouvre le fidéicommis : *Si domum alienaverit, vel herede instituto decesserit, ommes fideicommissum petent qui in familiâ fuerunt.*

Il en serait autrement, si le substituant n'avait que défendu au grevé d'aliéner pendant sa vie. La loi 38, §. 3, D. *de legatis* 3°, dit qu'alors il pourrait transférer, par son testament, le bien hors de la famille.

Mais, dans ce cas même, ajoute la loi citée, le grevé ne peut ni engager ni hypothéquer le bien, parceque l'engagement et l'hypothèque sont des actes d'aliénation entre-vifs; et c'est pourquoi Pothier décide que le décret pratiqué, même après la mort du grevé, pour des dettes qu'il a contractées durant sa vie, tombe dans la prohibition et fait ouverture au fidéicommis.

VII. Les conditions ne s'étendent point d'un cas à l'autre; ainsi, la Substitution faite en cas que le grevé *vende* le bien hors de la famille, n'aura point lieu, si le grevé fait une *donation* de ce bien à un étranger.

VIII. Au reste, lors même que la défense d'aliéner est indéfinie, elle ne comprend pas les aliénations nécessaires. Ainsi, dit Pothier (*Traité des Substitutions*, sect. 3, §. 1), « si » celui à qui cette défense est faite, reçoit le » rachat d'une rente, s'il est provoqué à la » licitation, et que, sur cette demande, l'hé- » ritage dans lequel on lui laisse une part in- » divise, soit adjugé à un étranger; s'il est » forcé de vendre par un arrêt du conseil, » pour quelque cause d'utilité publique; si » des héritages sont saisis ou vendus pour des » hypothèques qu'ils n'ait pas lui-même con- » tractées, mais qui l'aient été, soit par le » testateur, soit par les auteurs du testateur; » toutes ces espèces d'aliénations, et autres » semblables, ne donneront aucune ouver- » ture à la Substitution ».

Ce que dit ici Pothier du décret pratiqué pour des dettes dont le substituant lui-même était chargé, est fondé sur la loi 38, D. *de légatis* 3°.

Cette loi va même plus loin : elle décide que, si le décret avait été pratiqué pour des dettes que le grevé eût lui-même contractées, pour en acquitter d'autres que le substituant avait laissées dans sa succession, il n'y aurait point de contravention à la défense d'aliéner, ni par conséquent d'ouverture au fidéicommis.

Elle décide encore qu'il en serait de même, si le grevé, au lieu de souffrir un décret dispendieux, avait vendu volontairement de gré à gré pour payer la dette du défunt.

IX. La loi 77, §. 28, D. *de legatis* 2°, nous offre une décision plus remarquable. Elle porte qu'il n'y a pas ouverture au fidéicommis dont nous parlons, lorsque le bien est transmis, par succession *ab intestat*, à des étrangers de la famille du testateur; et en effet, le grevé ne l'a pas aliéné en le laissant dans sa succession *ab intestat*; c'est la loi seule qui en a opéré la translation hors de la famille du substituant.

Pothier remarque que « la loi 88, §. 16, D. » *de legatis* 2°, n'est point contraire à cette » décision; car (dit-il), dans l'espèce de cette » loi, il n'y avait pas une simple défense d'a- » liéner hors de la famille, mais une Substi- » tution expresse au profit des enfans des » sœurs de l'héritier, par ces termes : *Habes* » *filios sororum tuarum quibus reliquas* ».

X. Y a-t-il ouverture au fidéicommis, lorsque le grevé n'a vendu à un étranger qu'après avoir sommé tous ceux de la famille d'acheter, et qu'ils s'y sont tous refusés?

Ricard décide que non, parceque, dit-il, la famille, en ce cas, ne peut imputer qu'à elle-même l'aliénation que le grevé a été forcé de faire à un étranger.

« J'aurais de la peine à me rendre à cet » avis (répond Pothier) : la défense d'aliéner » hors de la famille, ne signifie pas que ce- » lui à qui cette défense est faite, sera obligé » quand il voudra aliéner, de préférer ceux » de la famille; mais elle signifie qu'il ne » pourra aliéner sans donner ouverture à la » substitution ».

XI. On a déjà dit, d'après la loi 77, D. *de legatis* 2°, que les personnes appelées à la Substitution résultant de la défense d'aliéner hors de la famille, sont précisément celles qui se trouvent les plus proches à l'époque de l'aliénation qui donne ouverture à leur droit.

Mais dans le cas où cette Substitution est réciproque, ceux qui auraient eux-mêmes aliéné leurs portions contre la défense du testateur, seraient-ils admis à recueillir les parts de leurs co-héritiers ou co-légataires, dont l'aliénation aurait été faite en même temps ou depuis?

Le §. 27 de la loi citée répond qu'ils ne pourraient y rien prétendre, et que ces parts accroîtraient à ceux qui n'auraient pas contrevenu à la prohibition d'aliéner.

Ce texte ajoute cependant que, si, après avoir recueilli les portions de mes co-légataires qui ont aliéné, je viens moi-même à dis-

poser de ma part, je ne laisserai pas de conserver l'émolument de la Substitution.

XII. Il nous reste à examiner quel sens on doit donner au mot *famille*, dans les deux espèces de fidéicommis qui font la matière de ce paragraphe.

La loi 32, §. 6, D. *de legatis* 2°, ne comprend dans ce terme que les personnes du même nom que le testateur, *qui ex nomine defuncti fuerint*, et le regarde par conséquent comme synonyme d'*agnation*. La loi 195, §. 2, porte la même chose : *Communi jure*, dit-elle, *familiam dicimus omnium agnatorum*.

Mais ces décisions ne sont plus suivies. Dans notre usage, le terme de *famille* ou de *race* est pris pour une dénomination collective, sous laquelle sont renfermées toutes les personnes que les Romains distinguaient en *agnats* ou en *cognats*, c'est-à-dire, tant les parens du nom, que ceux qui le sont par les femmes.

§. XI. *De la Substitution de celui de la famille que le grevé aura choisi.*

I. Cette matière est déjà traitée à l'article *Choix*, §. 1. Nous n'ajouterons ici que les textes des dispositions que contient là-dessus l'ordonnance de 1735, et un arrêt qui est intervenu depuis peu sur le même objet.

Voici ce que porte l'ordonnance, tit. 1 :

« Art. 62. Celui qui aura été institué héritier à la charge d'élire un des enfans du testateur, ne pourra élire de ses petits-enfans ou descendans, encore que celui des enfans dont ils sont issus, fût mort avant que le choix eût été fait; et si tous les enfans du premier degré décèdent avant ledit choix, le droit d'élire demeurera caduc et éteint; le tout, à moins que le testateur n'en eût autrement ordonné.

» 63. Celui qui aura été chargé d'élire un des enfans du testateur ou autre, ne pourra grever celui qu'il choisira d'aucune Substitution, même en faveur d'un sujet éligible, si ce n'est que le testateur lui en eût donné expressément le pouvoir par son testament.

» 64. Lorsque celui qui aura été chargé d'élire, aura déclaré son choix par contrat de mariage ou par un acte entre-vifs accepté par celui qu'il aura élu dans la forme prescrite pour l'acceptation, par notre ordonnance du mois de février 1731, ledit choix sera irrévocable.

» 65. La disposition de l'article précédent aura lieu, encore que le choix ait été fait avant le temps porté par le testament, si ce n'est que le testateur eût prohibé expressément de faire ledit choix avant le terme par lui marqué, auquel cas ledit choix ne sera irrévocable qu'après l'expiration dudit terme.

» 66. Tout ce qui a été réglé par les quatre articles précédens, sur les institutions d'héritier faites à la charge d'élire, aura lieu pareillement pour les legs universels ou particuliers, faits sous la même charge ».

II. L'espèce de l'arrêt que nous avons annoncé, est remarquable.

Bertrand Wespin et sa femme, qui avaient sept enfans, ont ordonné par leur testament conjonctif, fait en 1758, que ceux-ci « ne » pourraient vendre ni aliéner aucune chose » pendant leur vie, sinon par nécessité dû» ment constatée, ni disposer à cause de » mort qu'en faveur de leurs enfans, et à » défaut d'enfans, de leurs frères et sœurs, » neveux et nièces ».

Catherine-Florence Wespin, l'un des sept enfans, a eu dans son lot les moulins banaux de Philippeville et de Jamaigne. Par acte du 28 mars 1777, elle les donna entre-vifs à la dame Jouve, sa nièce. Le 13 décembre suivant, elle fit son testament, et institua pour ses héritiers immobiliers, les enfans de Madeleine Wespin, ses neveux, pour un quart; les enfans de la dame Jouve, ses petits-neveux, pour le second quart; les enfans d'Ursule Wespin, ses neveux, pour un troisième quart; et enfin les enfans d'Anne Wespin, également ses neveux, pour le dernier quart. Elle laissait un frère et une sœur, mais elle ne fit aucune mention d'eux.

Après sa mort, arrivée en 1778, ses neveux, enfans de Madeleine Wespin, d'Ursule Wespin et d'Anne Wespin, se sont réunis pour demander l'ouverture de la Substitution contenue au testament conjonctif de 1758, et faire annuler la donation des moulins banaux, ainsi que l'institution des petits-neveux.

Leurs moyens étaient simples.

« On ne peut disconvenir (disaient-ils) que la défunte n'ait été grevée de fidéicommis, dans le cas où elle eût disposé entre-vifs pour autre cause que celle de nécessité urgente et à cause de mort, en faveur d'autres personnes que ses frères, sœurs, neveux et nièces. Ce cas est arrivé, tant par rapport aux dispositions entre-vifs, qu'à l'égard de celle à cause de mort.

» 1° La donation des moulins banaux ne peut être censée faite par nécessité : ces mots, *donation* et *nécessité*, présentent des idées essentiellement contradictoires, et partout on les voit mis en opposition l'un à l'autre.

» 2° L'institution des petits-neveux renferme encore une contravention au testament conjonctif de 1758, puisque les frères, les sœurs, les neveux et les nièces, étaient les seules personnes en faveur desquelles cet acte permettait aux enfans des testateurs de disposer à cause de mort.

» Cette double contravention a donné ouverture à la Substitution établie par le testament du sieur et de la dame Wespin.

» Il ne reste donc plus qu'à savoir par qui cette Substitution doit être recueillie.

» A cet égard, il est un point constant dans la cause : c'est que la grevée avait le droit d'élire, pour succéder à tous ses biens, celui d'entre ses frères, sœurs, neveux et nièces que bon lui semblait. Elle a donc pu instituer ses neveux, et ceux-ci peuvent, en vertu de leur institution, réclamer tout l'avantage de la Substitution. Ils y sont d'autant plus recevables, qu'ils ont renoncé à tous les biens de la testatrice ».

La dame Jouve répondait, tant pour elle que pour ses enfans :

« De deux choses l'une : ou vous vous présentez comme héritiers testamentaires de la tante commune, ou vous ne paraissez ici que comme ses héritiers fidéicommissaires.

» Au premier cas, vous ne pouvez pas attaquer le testament dont vous tirez tous vos droits,

» Au second, vous n'êtes pas les premiers appelés : le frère et la sœur de la défunte vous excluent nécessairement ».

Sur ces raisons, sentence de la prévôté de Givet, du 9 juin 1779, qui ordonne aux demandeurs d'opter entre la qualité d'héritiers purs et simples et celle d'héritiers fidéicommissaires.

Appel au parlement de Flandre.

Je disais, pour les neveux, qu'ils ne se présentaient précisément, ni comme héritiers purs et simples, ni comme héritiers fidéicommissaires, mais bien comme choisis par la testatrice pour recueillir le fidéicommis dont elle était chargée, en cas qu'elle vînt, par ses dispositions, à sortir du cercle dans lequel son père et sa mère l'avaient renfermée; que prétendre qu'ils ne pouvaient profiter de ce choix sans respecter les autres dispositions de la testatrice, c'était aller contre les principes les plus universellement connus; que l'ordonnance de 1735 décide, en termes exprès, que le grevé à qui le testateur a laissé le droit d'élire, ne peut imposer de charges en faisant son choix; que l'élu peut donc accepter le choix et compter les charges pour rien.

Nonobstant ces raisons, la sentence a été confirmée, le 26 juillet 1780, à la première chambre, au rapport de M. Maloteau de Guernes.

Le motif de l'arrêt a été que l'institution contenue dans le testament de la demoiselle Wespin, au profit de ses neveux, ne pouvait pas être considérée comme un choix, une désignation de leurs personnes, pour recueillir les biens fidéicommissés par son père et sa mère. En effet, la demoiselle Wespin, en instituant ses neveux, n'avait pas dit qu'elle les appelait au fidéicommis dont ses dispositions prohibées réalisaient la condition : en déclarant qu'elle les nommait *ses héritiers*, elle était bien censée avoir disposé en leur faveur de ses biens libres, mais c'était tout ce qu'on pouvait inférer de son testament.

Quelques auteurs ont, à la vérité, soutenu que la simple institution d'héritier tient lieu d'élection ; mais leur avis a été rejeté par un arrêt du parlement de Toulouse, inséré dans le recueil de Cambolas, liv. 1, chap. 12; et il est détruit par la loi 67, §. 3, D. *de legatis* 2°, dont l'espèce est assez analogue à celle dont il s'agit.

Un particulier avait été institué héritier, à la charge de conserver dans la famille un certain héritage, dont néanmoins il demeurerait libre de disposer au profit de tel d'entre ses parens qu'il voudrait choisir. Ce particulier fait son testament, institue pour héritier une personne de la famille, et lègue l'héritage en question à un étranger. On demande ce que deviendra le fidéicommis? La loi répond « qu'il pourra être réclamé par tous les parens, comme si le testateur eût choisi son » héritier parmi les étrangers : *Perindè* » *fideicommissum ex illo testamento petetur,* » *ac si nemo de familiâ heres extitisset.* Il » est cependant vrai (ajoute-t-elle) que cet » héritier ainsi institué par le grevé, doit » être censé faire part à l'encontre des demandeurs en ouverture de la Substitution; » car la raison qui fait admettre ceux-ci, » nécessite, à son égard, une compensation » tacite ».

On voit bien que, dans l'espèce de cette loi, l'héritier testamentaire du grevé ne fait part que parcequ'il est supposé au même degré de parenté que les autres appelés au fidéicommis conditionnel; mais que du reste son institution n'équivaut point pour lui à un choix exprès.

Ainsi, dans l'espèce jugée par l'arrêt du 26 juillet 1780, les neveux de la testatrice ne pouvaient pas se dire appelés par elle au fidéicommis qu'avaient ouvert ses dispositions prohibées, parcequ'ils n'avaient en leur

faveur qu'une institution vague et indéfinie; mais ils ne faisaient point part, parcequ'ils étaient dans un degré plus éloigné que le frère et la sœur; à cette différence près, le cas que présentait le testament de la demoiselle Wespin était parfaitement identique avec celui de la loi citée, et devait par conséquent recevoir la même décision.

[[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 10.]]

§. XII. *De la Substitution linéale.*

La Substitution *linéale* est ainsi appelée, parcequ'elle est affectée à la ligne dans laquelle elle se trouve; et elle a ordinairement cette qualité, lorsqu'elle est tout à la fois graduelle, et faite, soit au profit de la famille, soit en faveur des descendans successivement, et les uns après les autres.

Dans ce cas, en effet, il est de maxime constante, que la Substitution une fois entrée dans une ligne, n'en sort plus qu'après l'épuisement de tous les individus qui s'y trouvent habiles à la recueillir. *Ubi extant descendentes à jam admisso, et ipsi capaces fideicommissi, hi in portionem parentum cæteris aliis præponuntur....., donec extant aliqui de unâ lineâ, alii alterius lineæ non admittuntur..., quia in fideicommisso successivè ordinato inter plures personas ejusdem descendentiæ, agnationis vel cognationis, nisi testator alium constituerit ordinem, præsumitur eos ad successionem vocasse secundùm ordinem à lege præscriptum.* (Ainsi s'exprime Peregrin, *de fideicommissis*, art. 20, n° 3.)

Cette maxime est la suite du principe établi ci-dessus, §. 10, que, dans les fidéicommis de la famille, le substituant est présumé, quand il n'a rien dit de contraire, avoir voulu suivre l'ordre des successions légitimes, ordre dans lequel les plus prochains du dernier possesseur ont toujours la préférence.

[[V. l'article *Majorat*, §. 5.]]

§. XIII. *De la Substitution masculine.*

I. On entend par une Substitution masculine celle qui est faite au profit des mâles, et dont les femmes sont exclues.

Cette matière ouvre souvent un champ très-vaste aux conjectures. Rien de plus commun que les difficultés qu'occasionnent les clauses de fidéicommis dans lesquelles les substituans ont parlé de mâles, ou employé des termes équivalens.

II. Denisart nous en a conservé un exemple. Voici comment il s'explique au mot *Substitution :*

« Le testament de Louis-Philippe de La Planche-Mortière, chevalier de Malte, du 20 janvier 1747 (conçu en ces termes : *Je laisse la jouissance de mon bien sis en Gâtinois, à mon frère, sa vie durant, sans que ses créanciers ni lui puissent l'aliéner, vendre ni laisser dépérir, les voulant laisser après ma mort au plus proche héritier de La Planche-Mortière*), a donné lieu à la question de savoir si le fidéicommis devait être déféré à des cousins issus de germains, du nom du testateur, qui avaient en leur faveur la masculinité, ou à la dame Solicofre, sa tante du côté paternel, qui avait sur ses arrière-neveux l'avantage de la proximité du degré.

» Une sentence des requêtes du palais, du 22 mai 1749, avait déclaré la Substitution ouverte au profit de la dame Solicofre; mais cette sentence a été infirmée par arrêt rendu à la grand'chambre, le 5 septembre 1749, sur les conclusions de M. l'avocat-général d'Ormesson, suivant lequel la cour a jugé que le fidéicommis devait être déféré aux parens mâles, privativement aux femelles plus proches en degré ».

Ce qui devait faire la difficulté dans cette espèce, c'est que le testateur n'avait pas appelé les mâles à l'exclusion des femelles, mais les parens de son nom, privativement à ceux qu'il pouvait avoir d'un autre côté. La dame Solicofre était bien née *de La Planche-Mortière*, mais elle avait perdu son nom en se mariant; et de là venait la question s'il fallait, pour remplir la volonté du substituant, considérer le nom qu'elle avait apporté en naissant, ou la regarder comme étrangère à *l'agnation* du testateur. L'arrêt a adopté ce dernier parti.

III. En voici deux autres du conseil souverain de Brabant, qui jugent directement le contraire, mais d'après des circonstances qui ne se rencontraient pas dans l'espèce retracée par Denisart.

Philippe-Marc de Fiennes a fait, le 5 avril 1738, un codicille, par lequel il a nommé légataire universel Pierre Sandelain, baron d'Enne, avec Substitution, lors de son décès, au profit *de la personne la plus âgée appartenante alors au seigneur testateur, qui portera le nom de Fiennes.* Le cas de la Substitution arrivé, il s'est agi de savoir à qui, du comte de Béthune ou de la marquise de Matharel, devaient appartenir les biens. Le premier était petit-fils de Françoise-Thérèse de Fiennes, et cousin au cinquième degré du substi-

tuant. La seconde était née comtesse de Fiennes, et sa parenté avec le testateur était au sixième degré.

Le comte de Béthune disait :

« Comme plus proche parent, et par conséquent comme héritier légal, j'ai droit d'exclure la marquise de Matharel, si elle n'a en sa faveur un titre de Substitution bien clair. Or, ce titre, où est-il ? Le testateur a fait une Substitution; mais cette Substitution, purement masculine, ne peut être pour elle d'aucun effet. L'appelé à cette Substitution doit porter le nom de Fiennes, et la marquise de Matharel a perdu ce nom par son mariage. Fût-elle d'ailleurs encore en célibat, il n'y aurait pas de vocation pour elle, parcequ'un fidéicommis fait en faveur du *nom*, ne peut, en aucun cas, concerner les filles.

» En effet, lorsqu'un testateur exige quelque chose, il est censé vouloir que cette chose soit de nature à pouvoir produire son principal effet. Cela posé, à quoi servent principalement les noms dans les familles? C'est sans contredit à les distinguer et les conserver. Or, les mâles seuls conservent les familles dont ils sortent; celles des filles sont regardées comme éteintes et anéanties dans leur personne; ce n'est donc qu'aux mâles que se peut référer un fidéicommis fait en faveur du *nom* du testateur ».

La marquise de Matharel répondait à ces principes généraux, par la circonstance que le testateur avait institué une personne étrangère à son nom, Pierre Sandelain, baron d'Enne. De là en effet il résultait une invraisemblance bien marquée qu'il eût eu pour les mâles de son nom, une affection absolument exclusive, et qu'il eût donné aux termes, *qui portera le nom de Fiennes*, un autre sens que celui qu'ils avaient dans l'ordre naturel. On ajoutait qu'en se servant de l'expression générique *personne*, il avait encore témoigné bien clairement qu'il n'entendait pas faire une vocation exclusive de ses parens mâles.

Sur ces raisons, deux arrêts, dont le premier a été rendu par l'une des chambres du conseil souverain de Brabant, et l'autre en révision solennelle, ont débouté le comte de Béthune de ses demandes, et déclaré la Substitution dont il s'agissait, ouverte au profit de la marquise de Matharel. Je ne connais pas la date précise de ces arrêts; je sais seulement que le second est de 1779. J'en parle encore à l'article *Qui*.

IV. Catellan, liv. 2, chap. 24, rapporte deux arrêts du parlement de Toulouse, des 1er septembre 1644 et 5 mai 1668, par lesquels il a été jugé « que la qualification de mâles, mise » aux derniers degrés d'une Substitution, est » présumée répétée aux premiers degrés ».

Voici la raison qu'en donne Vedel : « L'ob» jet le plus fréquent d'un testateur qui em» ploie la clause et qualification de mâle, est » de conserver ses biens dans sa famille : en » sorte que, si cette qualification se trouve, » ou dans l'institution, ou dans quelque de» gré de Substitution, on en doit conjectu» rer que le testateur a eu une prédilection » singulière pour les mâles, et que s'il en a » fait mention, ç'a été *conservandæ agnatio» nis gratiâ* ».

C'est sur le même principe qu'un arrêt du parlement de Dijon, rendu en 1651, a jugé masculine dans tous ses degrés, une Substitution où les mâles n'étaient nommément appelés que dans le premier. On a tenu, dit Raviot sur Perrier, quest. 248, n° 73, « que la » condition exprimée dans la première Subs» titution, était censée répétée dans les de» grés subséquens ».

V. C'est une question si, dans le cas où le testateur a appelé expressément les descendans mâles, sans ajouter les mots *issus par mâles*, ou d'autres équivalens, on doit entendre par là tout descendant qui est mâle, quand même il serait issu d'une femme, ou si l'on doit borner la disposition aux mâles descendus de mâles?

Ricard a enseigné l'une et l'autre opinion.

Dans son *Traité des Dispositions conditionnelles*, n° 482, il décide, sans balancer, que, quand le substituant a simplement appelé *les descendans mâles*, cette vocation renferme les mâles issus de femmes, aussi bien que ceux nés de mâles.

Mais dans son *Traité des Substitutions* n° 592, il soutient formellement le contraire et cite en faveur de ce sentiment, un arrêt du parlement de Paris, du 23 mars 1656, rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général Talon.

Cet arrêt est intervenu dans une espèce où il paraissait, par les termes dont on s'était servi, que la fin de la Substitution était de conserver les biens dans *l'agnation*, c'est-à-dire, dans la classe des parens qui porteraient le nom du *substituant*; et cette espèce ne pouvait pas être décidée autrement, suivant les principes établis par Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 25, au mot, *les femelles*, n° 10 : *Quandò fit mentio de liberis vel descendentibus masculis, non veniunt descendentes ex fœminis. Hanc conclusionem modifica et intellige, ut procedat, quandò subest ratio*

agnationis illius in quem confertur dispositio..... continuandæ et conservandæ.

Hors ce cas, la première opinion de Ricard est la plus saine. Dumoulin l'avait enseignée avant lui (1); et elle ne paraît contredite par aucun auteur de poids.

On convient du moins universellement qu'elle ne peut souffrir aucune difficulté, lorsque la disposition principale est faite en faveur d'une femme. En effet, si le grevé n'est pas un mâle, il est bien clair que le substituant n'a pas eu en vue de conserver son agnation, puisque les mâles sont les seuls qui puissent avoir des descendans de leur nom : *Si institutio* (dit encore Dumoulin à l'endroit déjà cité), *incipiente à fœminâ, puta si pater instituerat duas filias, et casu quo altera decederet sine liberis masculis, substituerat alteram et ejus* DESCENDENTES MASCULOS, *tunc verbum* LIBERIS MASCULIS *nedùm supponit pro masculo descendente ex fœminâ. Et ratio est quia, ex quo descendentes non possunt esse agnati, non censetur contemplata agnatio, sed solùm ipsa personalis qualitas masculinitatis.*

VI. « J'institue mon fils, et, après son décès, je lui substitue ses enfans mâles et les » descendans des mâles à toujours ». Les filles du fils de l'institué sont-elles comprises dans ce fidéicommis?

Elles le sont, répond Pothier, « dans le » sens propre des termes; car elles sont véritablement les descendantes des mâles. Néanmoins, on peut dans cette espèce, selon » les circonstances, présumer que le testateur » a eu envie de perpétuer les biens dans son » nom, et qu'il n'a entendu parler que des » descendans des mâles qui seraient eux-mêmes, mâles, n'étant pas naturel qu'ayant » exclu les propres filles de son héritier, il » eût songé aux petites-filles ».

VII. « J'institue mon fils, et après sa mort, » je lui substitue ses descendans à toujours, » voulant que les mâles soient préférés aux » femelles ». Dans cette espèce, les mâles auront-ils la préférence sur les femelles même qui seront plus proches qu'eux?

Ricard et Pothier décident que non.

« La raison (dit le premier) résulte de ce que ces sortes de fidéicommis, qui sont faits aux descendans ou autrement en nom collectif, doivent être réglés, ainsi que nous avons expliqué ci-dessus, à l'instar de la succession *ab intestat*, sinon en tant que les termes de la disposition y dérogent suffisamment : et ainsi, le testateur ne s'étant point éclairci sur notre difficulté, on doit suivre la décision de la loi ou de nos coutumes, lesquelles n'accordent les privilèges qu'elles ont donnés, par exemple, aux mâles dans les fiefs, que quand ils se trouvent en semblable degré avec les femelles; sinon, et lorsque les femelles sont les plus proches, elles ont droit d'exclure les mâles.

» En effet, le défunt, en appelant les descendans successivement à ses biens, et en préférant les mâles aux femelles, a fait deux ordres différens : par l'un, il a destiné le premier degré de ses descendans pour remplir le premier degré du fidéicommis, et ainsi successivement; et par l'autre, il a donné la préférence aux mâles; ce qui doit s'entendre entre ceux qui sont appelés dans chaque degré, puisque ceux du degré suivant ne peuvent prendre part à la Substitution que les autres ne soient absolument éteints ».

C'est aussi le sentiment de Fusarius, *de fideicommissariâ Substitutione*, quest. 402, n° 25 : *Quandò pater exclusit filias à successione, exclusit propter masculos, non propter patruos : sed quandò filius relinquit solam filiam, non adest masculus cujus causâ dici possit exclusa; ideò pater videtur voluisse excludere proprias filias, non autem nepotes.*

Peregrini.., art. 27, n° 12, dit la même chose : *Prælatio inter masculos et fœminas ejusdem lineæ intelligitur; masculus autem unius lineæ non excludit fœminam alterius lineæ.*

C'est d'après ces principes, que, par un arrêt du 30 juillet 1707, le parlement de Paris a donné la préférence à la fille de Godefroy de La Tour, sur Jean de La Tour, son oncle.

Dans cette espèce, Jacques de La Tour, par le contrat de mariage de Jean de La Tour, son fils, avait substitué la terre de Murat et de Bains « à l'un des enfans mâles descendans de » mariage de son fils, qui serait nommé par » les futurs époux ou le survivant d'eux, et » ainsi de mâle en mâle habile à succéder, » successivement et graduellement, l'ordre » de primogéniture gardé; et au défaut de » mâle, à l'une des filles qui serait pareillement nommée ».

Jean de La Tour, fils, avait eu de son mariage deux fils, Godefroy de La Tour et Jean de La Tour. Le premier fut choisi pour recueil-

(1) Voici ses termes, à l'endroit cité, n° 7 : *Aliàs secùs; tunc etiam de rigore et proprià significatione verborum, circumscriptâ contemplatione agnationis, appellatione descendentium masculorum venit nepos ex filiâ, quia est masculus et descendens.*

lir la Substitution. Il décéda en 1701, laissant deux filles de son mariage.

Jean de La Tour, frère de Godefroy, soutint que cette Substitution étant masculine, il devait être préféré à ses nièces, filles de son frère, dernier possesseur des biens substitués; mais on prouva que, suivant les règles établies en matière de fidéicommis, la préférence des mâles ne pouvait avoir lieu qu'en parité de degré; et par l'arrêt cité, rendu au rapport de M. Dodun, la prétention de l'oncle fut condamnée (1).

La question s'est représentée dix ans après, à la quatrième chambre des enquêtes, au rapport de M. Feydeau. Voici le fait qui y a donné lieu.

Laurent de Gorrevod, grand-maître de la maison de l'empereur Charles-Quint, qui avait la plus grande partie de ses biens dans la Franche-Comté, fit, le 27 mai 1527, un testament par lequel, après avoir institué Jean de Gorrevod, son cousin, héritier universel, il déclara que, pour l'*augmentation et entretènement de la maison, agnation et armes de Gorrevod,* il substituait à Jean de Gorrevod, ses enfans et descendans mâles, à perpétuité; et qu'en cas que Jean de Gorrevod décédât sans enfans mâles, ou ses enfans mâles sans descendance masculine, il leur substituait celle de leurs filles qu'ils voudraient nommer, à la charge qu'elle porterait le nom et les armes de Gorrevod.

Cette Substitution, après avoir été recueillie par trois mâles du nom de Gorrevod, fut adjugée, après la mort de Philippe-Eugène de Gorrevod, décédé en 1681, dernier mâle issu de Jean de Gorrevod, à Charles-Louis de Beaufremont, issu de Jeanne de Gorrevod, fille aînée de Jean de Gorrevod. Elle fut recueillie successivement par Jean-Baptiste et Pierre de Beaufremont, enfans de Charles-Louis de Beaufremont; elle passa après la mort de Pierre de Beaufremont, à Jacques-Antoine de Beaufremont, marquis de Listenoy, son fils aîné, qui décéda en 1710, laissant une fille unique, Louise-Françoise de Beaufremont, encore mineure. Les biens compris dans la Substitution de Laurent de Gorrevod, furent réclamés par Louis-Bénigne de Beaufremont, chevalier de la Toison-d'Or, oncle de la pupille, et frère du dernier possesseur. Il avait pour lui l'avantage de la masculinité et du nom, dans une Substitution que le testateur avait déclaré faire *pour l'augmentation et l'entretènement de la maison, agnation et armes de Gorrevod.* Néanmoins, par arrêt du 7 septembre 1717, il fut jugé que la demoiselle de Listenoy avait recueilli le fidéicommis créé par Laurent de Gorrevod, à l'exclusion de son oncle, qui n'a profité de cette Substitution que par la mort de sa nièce arrivée ensuite.

Voici le dispositif de l'arrêt : « Déclare la » Substitution portée par le testament du 26 » mai 1527, pour les terres et biens immeu- » bles situés en Franche-Comté, avoir été » ouverte par le décès dudit Jacques-Antoine » de Beaufremont, en la personne et au profit » de ladite Louise-Françoise de Beaufremont, » sa fille..... ».

Il paraît que le motif déterminant de cet arrêt a été la circonstance que l'auteur de la Substitution n'avait établi la masculinité que dans son agnation, et qu'à défaut de cette agnation, il avait permis d'appeler une fille à la charge que son mari porterait le nom et les armes de Gorrevod.

Sans cette particularité, on n'aurait pas pu refuser au frère du dernier possesseur la préférence qu'il demandait sur la fille. En effet, quoiqu'il soit très-constant que les mâles, dans les Substitutions auxquelles ils sont appelés préférablement aux femelles, n'excluent celles-ci qu'en parité de degré, on sent bien que les circonstances peuvent faire présumer dans le testateur une volonté contraire à cette règle. Par exemple, dit Ricard, « si le défunt » avait seulement substitué les mâles, ou qu'a- » près avoir appelé les mâles, il eût compris » les femelles pour venir à la Substitution, il » n'y a point de doute que tous les mâles de » la famille, en quelque degré qu'ils pussent » être, auraient la préférence sur les femel- » les, quoiqu'elles fussent les plus proches, » parcequ'en ce cas, tous les mâles ensemble » se trouveraient dans le premier ordre, et » les femelles ne seraient appelées qu'après » eux ».

Or, telle était précisément l'espèce du testament de Laurent de Gorrevod. Il n'avait d'abord appelé que les mâles; et ce n'était qu'après les avoir appelés, qu'il avait fait mention des filles. Si donc la contestation terminée par l'arrêt de 1717, eût roulé entre deux concurrens de l'agnation du testateur, point de doute que la préférence n'eût été accordée à celui qui avait l'avantage de la masculinité. Mais ni Louis-Bénigne de Beaufremont ni la demoiselle de Listenoy ne pouvaient se dire agnats de Laurent de Gorrevod : ils descendaient tous deux d'une des filles du

(1) *Journal des audiences*, tome 7, page 632, édition de 1733.

premier institué; et dès-lors, l'exception que Ricard, dans le passage qu'on vient de transcrire, apporte au principe général, ne pouvait pas s'appliquer à cette espèce.

VIII. Il arrive très-souvent, dans les Substitutions masculines, que l'on appelle l'aîné des descendans mâles, d'*aîné en aîné*, tant que le fidéicommis pourra s'étendre.

Un arrêt du parlement de Paris, du 9 mars 1617, rapporté par Auzanet, liv. 2, chap. 50, a jugé qu'il y avait une vocation tacite de ce genre dans la Substitution d'une terre noble au profit d'un parent et de ses hoirs mâles portant le nom et les armes de la maison.

Raviot sur Perrier, quest. 248, nos 72 et 73, nous retrace un arrêt du parlement de Dijon, du 28 avril 1663, qui juge la même chose; mais dans une espèce particulière. Le testateur avait institué le premier enfant mâle de l'aîné de ses neveux, et lui avait substitué *les siens;* à défaut d'enfans, il avait appelé le second de ses neveux, et après lui le troisième. L'institué avait laissé plusieurs enfans, et c'était entr'eux que la question s'agitait. « L'aîné disait que c'était à lui seul que la » Substitution appartenait; que la condition » de porter le nom et les armes regardait » l'aîné seulement, suivant Guy-Pape, quest. » 467; que la condition d'aînesse, exprimée » dans l'institution, était censée répétée dans » la Substitution; qu'on devait observer la » volonté du testateur, qui, en substituant, » avait préféré le droit d'aînesse, puisque, » dans les différens degrés de la Substitution, » il avait suivi l'ordre de la naissance et de la » primogéniture; que son dessein était que » l'aîné seul profitât de son bien, pour ren- » dre son nom et ses armes plus illustres ».

IX. Dans ces sortes de fidéicommis, est-ce l'aînesse proprement dite, c'est-à-dire, *l'ancienneté d'âge* seulement, qu'il faut considérer, ou ne doit-on avoir égard qu'à *l'aînesse de branche*?

Par exemple, Pierre a institué son fils et lui a substitué ses descendans mâles, d'aîné en aîné. Le fils aîné a laissé deux enfans, Philippe et Antoine. Philippe, qui était l'aîné, et par conséquent le premier appelé, est mort avant son père, laissant un fils. La Substitution s'ouvre; par qui doit-elle être recueillie? Antoine est plus âgé que le fils de Philippe; doit-il, par cette raison, l'emporter sur lui? Ou bien le fils de Philippe exclura-t-il Antoine, comme issu de l'aîné?

Il est constant dit Thevenot, d'après qui nous proposons cette espèce, que le fils de Philippe ne peut pas venir par représentation de son père, puisque (comme on l'a vu ci-devant, sect. 9) la représentation est rejetée, même en ligne directe, dans les fidéicommis. Mais ne viendra-t-il point comme étant personnellement appelé par le mot *aîné*, et comme réputé le véritable aîné de la descendance de l'institué, au moyen de ce qu'il est de la branche aînée?

Thevenot décide en faveur du fils de Philippe, *comme étant, selon notre pratique constante, l'aîné de la famille.*

Ainsi, dans les Substitutions masculines, il faut toujours donner la préférence à l'aînesse de branche. Ce n'est que pour les Substitutions faites en faveur des filles, que l'art. 21 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 a établi le contraire. Encore faut-il observer qu'avant la promulgation de cette loi, on jugeait que, dans une Substitution faite au profit de l'aînée des filles, en cas de décès de tous les mâles, les descendans de la fille aînée, quoique plus éloignés en degrés, excluaient les descendans des autres filles. C'est la décision expresse d'un arrêt du 13 juillet 1712, rapporté par Denisart.

SECTION XI. *Des obligations et des formalités que le grevé est tenu de remplir, lorsqu'il recueille les biens substitués.*

L'ordonnance de 1747 oblige le grevé à cinq choses: la première, de faire inventaire des biens du substituant; la seconde, de faire procéder à la vente des meubles; la troisième, de faire emploi des deniers de la Substitution; la quatrième, de faire publier et enregistrer, [[aujourd'hui transcrire,]] le fidéicommis; la cinquième, de se faire envoyer par justice en possession des biens.

[[A cette cinquième obligation, le Code civil substitue celle de faire nommer un tuteur à la Substitution fidéicommissaire.]]

Reprenons ces divers objets.

§. I. *De l'inventaire des biens du substituant.*

I. L'art. 1 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 porte « qu'après le décès de celui qui » aura fait une Substitution, soit universelle » ou particulière, il sera procédé, dans les for- » mes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens » et effets qui composent la succession, à la » requête de l'héritier institué ou légitime, » ou du légataire universel; et ce, dans les » termes portés par les ordonnances ».

II. J'ai vu agiter la question de savoir si une Substitution qui ne frappe que sur des

biens fonds, assujétit le grevé à la formalité dont parle cet article. On employait d'assez mauvaises raisons pour la négative; mais on soutenait qu'elle avait été adoptée par un arrêt du parlement de Flandre, du 23 avril 1782. J'ai vérifié cet arrêt, et il ne m'a point paru de fort grand poids. Ce n'est qu'une ordonnance d'envoi en possession, accordée sur requête, sans qu'on eût représenté, conformément à l'art. 27 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, un extrait authentique de l'inventaire qui avait dû être fait après le décès du substituant. On convenait, dans la requête, qu'il n'y avait point eu d'inventaire; et l'on tâchait d'établir que la Substitution dont il s'agissait, ne nécessitait pas cette formalité, parcequ'elle n'avait pour objet qu'une maison située à Valenciennes. L'arrêt cité le préjugea en effet ainsi, en accordant l'envoi en possession; mais, à coup sûr, il eût prononcé tout autrement, si la question eût été discutée.

L'ordonnance ne distingue pas : que la Substitution soit universelle ou particulière, qu'elle frappe sur des meubles ou sur des immeubles, il importe peu : dans tous les cas, il faut un inventaire, non-seulement des biens ou effets substitués, mais *de tous les biens effets qui composent la succession* du substituant. « La raison en est (dit Thevenot dans ses notes sur l'art. 1 du tit. 2) » que les substitués peuvent se venger, pour » l'exécution du fidéicommis, sur tous les » biens et effets de celui qui en a été l'auteur ».

J'ai fait rendre deux arrêts au parlement de Flandre qui sont fondés sur ce principe.

La veuve Dupont, marchande à Lille, avait grevé l'une de ses filles d'un fidéicommis universel (qui depuis fut déclaré nul); aussitôt après son décès, la grevée demanda que l'inventaire de la succession fût fait en justice. Elle avait, pour cela, des moyens particuliers dont on rendra compte ci-après, n° 5. Ses co-héritiers soutenaient qu'en général l'inventaire devait être fait par un notaire. Ils ajoutaient que, n'étant point grevés de Substitution, ils n'étaient pas obligés de faire inventorier leurs parts; et que, si leur sœur avait des raisons pour demander un inventaire judiciaire, ce ne pouvait être que de sa portion. La grevée répondait : dès qu'il y a un fidéicommis dans une succession, il faut que toute la succession soit inventoriée; l'art. 1 du tit. 2 de l'ordonnance y est formel. Et comment ce même article veut-il que l'inventaire se fasse? *Dans les formes ordinaires.* Si donc je suis en droit de demander un inventaire judiciaire, il faut que cet inventaire embrasse toute la succession. Par arrêt du 20 décembre 1781, rendu à la première chambre, au rapport de M. Warenghien de Flory, la cour a ordonné que tous les meubles, effets et marchandises *de la maison mortuaire*, seraient inventoriés par les échevins de Lille, aux frais de la succession.

Cet arrêt ne parlant que de la *maison mortuaire*, la contestation se renouvela peu de temps après pour les effets existant dans une maison de campagne qui avait été occupée par la défunte. La demoiselle Dupont demanda qu'il en fût fait inventaire dans la forme prescrite par l'arrêt dont on vient de rendre compte. Ses co-héritiers s'y opposèrent encore, et firent reparaître tous les moyens qu'ils avaient précédemment employés. Mais ils ne furent pas plus heureux que la première fois. Par arrêt du 9 août 1782, toutes les dispositions de celui du 20 décembre 1781 ont été étendues aux meubles et effets de la maison de campagne.

III. On a vu par le texte de l'ordonnance, que tout successeur à titre universel du substituant est obligé de faire procéder à l'inventaire requis pour la sûreté de la Substitution. Que sera-ce donc, s'il le néglige?

L'art. 2 y pourvoit en ces termes : « Faute » par ledit héritier institué ou légitime, ou » par ledit légataire universel, de satisfaire à » l'article précédent, dans le cas où la Subs» titution ne serait pas faite en sa faveur, » celui qui devra recueillir les biens substi» tués, sera tenu, dans un mois après l'expi» ration du délai marqué par ledit article, » de faire procéder audit inventaire, en y » appelant outre les personnes mentionnées » ci-après, ledit héritier ou légataire uni» versel, qui seront tenus de lui rembourser » les frais ».

L'art. 3 ajoute : « En cas de négligence de » ceux qui sont dénommés dans les deux ar» ticles précédens, voulons qu'il soit procédé » audit inventaire, à la requête de notre pro» cureur au siége de la qualité ci-après mar» quée, et aux frais dudit héritier ou léga» taire universel : s'il est ainsi ordonné ».

Cette disposition est une exception à la règle qui défend aux procureurs du roi de provoquer les inventaires hors des cas marqués par l'art. 164 de l'ordonnance de Blois. Son objet annonce, par lui-même, combien il était important d'ajouter ce cas aux autres.

Cependant, s'il en faut croire Thevenot, l'ordonnance ne soumet pas indéfiniment le

successeur universel aux frais de l'inventaire requis par le procureur du roi : elle permet au juge d'en ordonner autrement, *selon que la négligence du successeur universel sera plus ou moins inexcusable.*

Mais Furgole donne un autre sens aux mots, *s'il est ainsi ordonné* :

« L'héritier ou le légataire universel (dit-il) ne sont obligés de faire l'avance des frais de l'inventaire qui est requis par le procureur du roi, dans le cas de négligence, que quand il en a été ainsi ordonné. Mais dès que l'inventaire aura été fait et clôturé, le procureur du roi peut demander que les frais en soient payés par l'héritier ou légataire universel, et qu'à cet effet il lui soit délivré un exécutoire du montant de ces frais, non-seulement à raison des vacations et séances du commissaire, du procureur du roi et du greffier, et du papier timbré, mais encore à raison du contrôle et autres droits du roi.

» Cette disposition de notre article n'a été faite que pour exclure le procureur du roi de pouvoir exiger de son autorité le paiement des frais de l'inventaire; car, du reste, il est indubitable que les frais de l'inventaire doivent être avancés par l'héritier, comme le suppose l'article précédent, qui veut que, quand le substitué aura requis l'inventaire, et qu'il aura fait l'avance des frais, il puisse en demander la répétition contre l'héritier ou le légataire universel ».

L'interprétation de Furgole paraît d'autant plus exacte, qu'on ne saurait donner une bonne raison pour quoi le successeur universel pourrait plutôt être exempté des frais de l'inventaire, lorsque c'est la partie publique qui en requiert la confection, que dans le cas où elle est requise par le premier appelé au fidéicommis.

IV. L'art. 4 porte que « l'inventaire sera » fait par un notaire royal, en présence du » premier substitué, s'il est majeur, ou de » son tuteur ou curateur, s'il est pupille, » mineur ou interdit, ou d'un syndic ou autre administrateur, si la Substitution est » faite au profit de l'église ou d'un hôpital, » corps ou communauté ecclésiastique ou » laïque ».

L'art. 5 ajoute : « en cas que le premier » substitué soit sous la puissance paternelle, » dans les pays où elle a lieu, et que le père » soit chargé de Substitution envers lui, il » lui sera nommé un tuteur ou un curateur » à l'effet dudit inventaire; et si le premier » substitué n'est point encore né, il sera » nommé un curateur à la Substitution, qui » *assistera* audit inventaire ».

Le mot *assistera* ne doit pas être ici entendu trop à la lettre. Que le curateur, dûment assigné pour comparaître à l'inventaire, fasse défaut, l'inventaire fait en son absence, sera-t-il nul? Non assurément. « Le défaut » de comparaître sur une assignation (dit » Furgole), équipolle à la présence; et si » l'inventaire ne pouvait être fait qu'autant » que le curateur y assisterait réellement, il » pourrait en empêcher la faction; mais » le curateur défaillant pourrait être con» damné aux dommages-intérêts provenant » de l'infidélité de l'inventaire, occasionnée » par son absence, comme ayant manqué à » son devoir ».

V. L'art. 6 nous apprend que le droit accordé par l'art. 4 aux notaires royaux de faire les inventaires en cas de Substitution, n'est pas entièrement exclusif. Il déclare que « *lors*» *qu'il y aura lieu de faire l'inventaire en* » *justice, suivant les règles observées en cette* » *matière*, il ne pourra y être procédé que » de l'autorité des bailliages, sénéchaussées et » autre siége royal ressortissant nûment en » nos cours de parlement et conseils supé» rieurs, dans l'étendue ou le ressort duquel » était le lieu du domicile de l'auteur de la » Substitution au jour de son décès, ou qui » aura la connaissance des cas royaux dans » ledit lieu; ce qui sera exécuté, encore qu'il » y ait eu un scellé apposé par un autre juge, » lequel sera tenu, audit cas, de renvoyer » les parties dans le siége de la qualité ci» dessus marquée; et ledit inventaire sera » fait en présence de notre procureur audit » siége, outre les personnes dénommées dans » les deux articles précédens ».

Il résulte évidemment des premiers termes de ce texte, que le législateur n'a nullement dérogé, par l'art. 4, aux règles qui fixent les cas où les inventaires doivent être faits en justice. C'est l'observation que je faisais pour la demoiselle Dupont, dans l'affaire jugée par l'arrêt du 20 décembre 1781, cité plus haut, n° 2.

La demoiselle Dupont employait trois moyens : 1° elle soutenait que, de droit commun, la confection des inventaires libres n'appartient aux notaires que concurremment avec les juges; et elle inférait de là, qu'ayant requis la justice de procéder à l'inventaire dont il s'agissait, avant que ses co-héritiers eussent parlé d'y faire procéder par un notaire, elle avait à la fois saisi et la justice du droit de faire cet inventaire, et elle-même du droit

d'en exclure les notaires; 2° elle ajoutait que, selon l'art. 164 de l'ordonnance de Blois et les vrais principes de la matière, tout inventaire nécessité par une contestation entre co-héritiers, doit être fait en justice; qu'elle ne demandait un inventaire que pour assurer ses droits, en cas qu'elle réussit dans sa demande en nullité de testament; que, par conséquent, il ne pouvait être question de notaire; 3° enfin, elle établissait que, dans la thèse générale, tout inventaire qui se fait à la suite et par conséquence d'une apposition de scellés non-attaquée, requiert nécessairement le ministère du juge, à moins, comme le porte l'arrêt rendu le 3 décembre 1569, entre les notaires et les seigneurs hauts-justiciers de Paris, que toutes les parties ne consentent unanimement d'y faire procéder par notaires.

A toutes ces raisons on opposait l'art. 4 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747; mais la demoiselle Dupont répondait par l'art. 6 : « Pesons (disait-elle), pesons bien ces termes, » *suivant les règles observées en cette matière :* nous y verrons très-clairement que » le législateur n'a rien statué de nouveau » sur les cas où l'inventaire devrait être fait » en justice. Il savait qu'ici, les notaires n'étaient exclus que des inventaires faits pour » cause d'aubaine, de déshérence et de confiscation; que là, on ne leur attribuait que » les inventaires absolument volontaires; » que, presque partout, les juges avaient » sur ceux-ci le droit de prévention : il n'a » point touché à ces différens usages, il les » a laissé subsister; il a voulu que chaque » pays continuât de suivre à cet égard les » règles que d'autres lois générales ou particulières avaient prescrites ».

Cette réponse était décisive, et l'arrêt cité l'a jugée telle, en ordonnant que l'inventaire dont il était question, fût fait en justice.

A plus forte raison aurait-on jugé de même dans les parlemens où est enregistrée la déclaration du 1er mai 1776. Cette loi en effet décide la question dans les termes les plus exprès; elle est rapportée ci-après, sect. 18.

VI. L'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, que nous avons transcrit plus haut, nous offre une question sur laquelle Furgole et Thevenot ne sont pas d'accord. C'est de savoir si, lorsque l'inventaire se fait à la réquisition du procureur du roi, pour la négligence du grevé et du substitué, sans qu'il y ait de raison particulière pour exclure les notaires de sa confection, c'est à ceux-ci ou aux juges qu'il appartient d'y procéder.

Thevenot embrasse le premier parti, dans sa note sur l'art. 4. « L'inventaire (dit-il) sera » dressé par un notaire, même lorsqu'il sera » fait à la requête du procureur du roi ».

Tout ce qu'on peut dire de plus spécieux pour cette opinion, c'est que l'art. 4, par lequel la confection de l'inventaire est attribuée en général aux notaires royaux, se trouve placé immédiatement après la disposition qui autorise le procureur du roi à faire inventorier les successions chargées de fidéicommis, dans le cas où le successeur universel et le substitué le négligent.

Mais écoutons Furgole; il nous détrompera sûrement : « Il ne paraît pas douteux que, » dans le cas de l'art. 3, l'inventaire doit » être fait d'autorité par le sénéchal où le » procureur du roi est officier, suivant l'art. » 6, qui est une exception à l'art. 4, et non » par un notaire, parcequ'alors l'inventaire » devant être requis par le procureur du roi, » et ordonné en justice, c'est au tribunal où » le requérant est officier, à ordonner et à » faire l'inventaire, et non à un notaire qui » n'a point de juridiction, et qui n'a qu'une » simple commission. Il y aurait de l'indécence qu'un officier royal fût astreint de » faire des réquisitions devant un notaire » moins digne que lui, et d'une qualité inférieure à la sienne ».

Ce sentiment n'est plus aujourd'hui un problème; il a été adopté formellement par la déclaration du 1er mai 1776, qu'on trouvera ci-après, sect. 18.

VII. Avant de quitter l'art. 6, il ne faut pas oublier que sa disposition, relativement à la qualité des juges à qui appartient la confection des inventaires juridiques, n'est pas observée dans le ressort du parlement de Flandre. Il y a été dérogé par la déclaration du 12 juillet 1749, dont on a parlé ci-devant, sect. 7, §. 3, art. 4.

Voici ce que porte l'art. 6 de cette loi : « La confection de l'inventaire de celui qui » aurait fait une Substitution, dans les cas » où il y aurait lieu de faire les inventaires en » justice, suivant les règles observées en » cette matière, appartiendra aux officiers » qui étaient ci-devant en possession d'y pro» céder dans le ressort de notredite cour; et » ledit inventaire sera fait en présence de » celui qui fera les fonctions de partie publique, outre les personnes dénommées dans » les art. 4 et 5 de ladite ordonnance; dérogeons à l'art. 6, en ce qui serait contraire à » la présente disposition ».

VIII. Après avoir passé en revue tout ce qui concerne la forme extérieure de l'inventaire, il faut dire un mot sur sa forme intrinsèque. L'ordonnance de 1747 ne contient à cet égard qu'un article, c'est le septième du tit. 2; en voici les termes : « L'inventaire » contiendra *la prisée des meubles*, livres, » tableaux, pierreries, vaisselles, équipages, » et autres choses semblables, ce qui sera ob» servé dans les pays même où il n'est pas » d'usage de faire ladite prisée; et il y sera » procédé suivant les formes requises auxdits » pays, dans les cas où l'estimation de meu» bles et effets mobiliers y a lieu; et à l'é» gard des pays où ladite prisée se fait avec » crue dans les inventaires, voulons que la» dite crue soit toujours censée faire partie » de la prisée en ce qui concerne la liquida» tion des droits et des charges de ceux qui » sont grevés de Substitution ».

IX. L'ordonnance ne s'est pas contentée de prescrire la confection d'inventaire, et d'en régler la forme tant extérieure qu'intrinsèque : elle a encore établi une peine contre le grevé, et même, à son défaut, contre le premier substitué qui négligerait les dispositions qu'elle contient à cet égard. L'art. 42 porte que « le grevé de Substitution ou celui » qui l'aura recueillie, lorsqu'il aura négligé » de satisfaire aux règles prescrites par le pré» sent titre sur l'inventaire et sur la prisée, » dans le cas où il en est tenu », encourra la privation des fruits échus jusqu'au jour où il aura fait cet inventaire et cette prisée.

[[X. Le Code civil veut aussi qu'après le décès de l'auteur d'une Substitution permise par les art. 1048 et 1049, il soit fait un inventaire des biens qu'il a laissés; mais il n'adopte pas, à cet égard, toutes les dispositions de l'ordonnance de 1747. Voici ses termes :

« Art. 1058. Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composeront sa succession, excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet inventaire contiendra la prisée à juste prix des meubles et effets mobiliers.

» 1059. Il sera fait à la requête du grevé de restitution, et dans le délai fixé au titre *des Successions*, en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les frais seront pris sur les biens compris dans la disposition.

» 1060. Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé dans le délai ci-dessus, il y sera procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, en présence du grevé ou de son tuteur.

» 1061. S'il n'a point été satisfait aux deux articles précédens, il sera procédé au même inventaire, à la diligence des personnes désignées en l'art. 1057, en y appelant le grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour l'exécution ».

L'art. 1057 auquel renvoie celui-ci, est rapporté ci-après, §. 6.

Au surplus, toutes ces dispositions sont déclarées, par la loi du 17 mai 1826, communes aux Substitutions qu'elle permet à tout donateur ou testateur.]]

§. II. *De la vente des meubles substitués.*

I. Il n'y a, sur la vente des meubles substitués, que deux articles dans l'ordonnance; ce sont les 8e et 9e du tit. 2.

Le premier est conçu en ces termes : « Le » grevé de Substitution sera tenu de faire pro» céder à la vente, par affiches et enchères, » de tous les meubles et effets compris dans la » Substitution, à l'exception néanmoins de » ceux qu'il pourra être chargé de conserver » en nature, suivant la disposition des art. 6 » et 7 du titre premier » (rapporté ci-dessus, sect. 6, §. 1).

L'art. 9 laisse « à la prudence des juges » d'ordonner, s'il y échet, que le grevé pourra » retenir lesdits meubles et effets mobiliers, » ou partie d'iceux, s'il demande à les imputer » suivant ladite prisée, en y ajoutant la crue, » si la prisée a été faite avec crue, sur ce qui » lui est dû, pour ses distractions au autres » droits; sans qu'audit cas, il soit tenu de les » vendre ni d'en faire emploi ».

L'ensemble de ces deux articles annonce une différence notable entre l'inventaire et la vente qui doivent également avoir lieu en cas de Substitution. On a vu plus haut que l'inventaire doit embrasser *tous les biens et effets de la succession du substituant*, sans distinguer ceux qui sont fidéicommissés d'avec ceux qui ne le sont pas. La vente au contraire doit être bornée *aux meubles et effets compris dans la Substitution.*

Les deux mêmes articles renferment deux exceptions à la règle qui prescrit cette vente; et ce ne sont pas les seules : Furgole en remarque encore deux autres; voici comment il s'explique :

« 1° Lorsque l'auteur de la Substitution aura légué l'usufruit de son hérédité ou de ses meubles et effets mobiliers à une tierce personne, non-seulement le grevé ne sera pas

obligé de vendre les meubles pendant la vie de l'usufruitier; mais encore il ne le pourra pas sans le consentement de l'usufruitier, au préjudice du droit à lui acquis, en vertu du legs de l'usufruit qui l'autorise à jouir des meubles et effets en espèce et en nature pendant sa vie; et la disposition de notre article ne peut pas être appliquée à ce cas particulier, non plus qu'aux meubles dont la propriété aura été léguée.

» 2° Quoique les actions et les dettes actives, soit par contrat public, ou par billet, ou par écriture privée, soient mises au rang des meubles ou effets mobiliers dans certains pays, le grevé n'est pas obligé de les vendre; parceque, tandis qu'elles subsistent, elles sont d'une nature permanente, elles ne sont pas susceptibles de prisée ou d'estimation, et leur valeur ne dépend d'aucune fixation ou estimation à faire par experts : ainsi, le grevé peut les conserver en l'état où il les trouve lors du décès de l'auteur de la Substitution; l'obligation de vendre les meubles et effets mobiliers, imposée au grevé, ne regardant que les choses corporelles qui n'ont pas une valeur fixe et permanente, et qui peuvent être sujettes à augmentation ou diminution du prix, soit par l'usage ou autrement ».

Ce que dit ici Furgole, est justifié par l'ordonnance même; et il ne faut, pour s'en convaincre, que rapprocher l'art. 5 du tit. 1, de l'art. 8 du tit. 2.

Le premier de ces textes porte que « *les* » *meubles*, DROITS *et effets mobiliers* ne pourront être chargés d'aucune Substitution » particulière, qu'en cas qu'il ait été ordonné » expressément par l'auteur de la Substitution, *qu'il sera* fait emploi des deniers » comptans ou de ceux qui proviendront *de* » *la vente* ou *recouvrement*, desdits meubles, » droits ou effets mobiliers ».

Le second texte n'ordonne la vente que *des meubles et effets compris dans la Substitution* : il n'y est pas question des droits mobiliers; et c'est une preuve bien évidente que, dans l'art. 5 du tit. 1, les mots *vente et recouvrement* doivent être pris dans un sens distributif, c'est-à-dire, entendus, l'un des *meubles et effets*, l'autre des *droits mobiliers*.

[[II. Le Code civil porte, art. 1062, que « le grevé sera tenu de faire procéder à la » vente, par affiches et enchères, de tous les » meubles et effets compris dans la disposition, à l'exception néanmoins de ceux dont » il est fait mention dans les deux articles » suivans », rapportés ci-devant, sect. 6, §. 1, art. 1, n° 2.]]

§. III. *De l'emploi des deniers de la Substitution.*

I. Le tit. 2 de l'ordonnance de 1747 contient huit articles sur l'emploi qu'elle oblige le grevé de faire des deniers de la Substitution. Les voici dans l'ordre que le législateur leur a donné :

« 10. Il sera fait emploi des deniers provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, ensemble de l'argent comptant et de ce qui aura été reçu des effets actifs : et ce, conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la Substitution, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels ledit emploi doit être fait.

» 11. En cas que l'auteur de la Substitution n'ait pas expliqué ses intentions sur ledit emploi, lesdits deniers seront employés d'abord au paiement des dettes et remboursement des rentes ou autres charges dont les biens substitués seront tenus, si ce n'est qu'il fût plus avantageux à la Substitution de continuer de payer les arrérages desdites rentes et charges, que d'en rembourser les capitaux; ce que nous laissons à la prudence des juges; et le surplus ou le total, s'il n'y a pas de dettes, rentes ou charges qu'on puisse acquitter, ne pourra être employé qu'en acquisitions de fonds de terre ou maisons, ou en rentes foncières ou constituées.

» 12. Pour assurer ledit emploi, voulons que, par la même ordonnance qui autorisera le grevé de Substitution, ou celui au profit duquel elle sera ouverte, à entrer en possession des biens substitués, suivant la disposition des art. 35 et 37 ci-après, il lui soit enjoint de faire ledit emploi dans un délai qui sera fixé dans ladite ordonnance; et ledit emploi sera fait en présence des personnes mentionnées aux art. 4 et 5 ci-dessus.

» 13. Le grevé de Substitution sera pareillement tenu de faire emploi des deniers qu'il pourra recevoir, soit du recouvrement des effets actifs, soit de la vente des offices, ou en conséquence de la liquidation qui en aura été faite en cas de suppression ou de réunion, suivant ce qui est porté par l'art. 3 du tit. 1, soit du remboursement des rentes comprises dans la Substitution; et ce dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu lesdits deniers, lequel emploi sera fait ainsi qu'il a été ci-dessus réglé, et en présence des personnes mentionnées auxdits art. 4 et 5, lesquelles pourront faire à cet effet toutes les diligences nécessaires.

» 14. La disposition de l'article précédent

sera pareillement observée, en cas que l'emploi ait été fait en rentes rachetables, et qu'elles soient remboursées.

» 15. Faute par celui qui sera chargé de Substitution, d'avoir fait l'emploi ou le remploi, ou d'avoir observé les règles ci-dessus prescrites, il en demeurera responsable sur tous ses biens libres, ensemble de tous dépens, dommages et intérêts envers ceux qui sont appelés après lui à la Substitution; sans néanmoins que les débiteurs des rentes qui auront été remboursées, puissent être responsables du défaut d'emploi, lorsqu'il n'y aura point eu d'opposition formée entre leurs mains.

» 16. Tout ce qui a été réglé ci-dessus au sujet dudit emploi ou remploi, sera observé par chacun de ceux qui recueilleront successivement les biens substitués, sans aucune distinction entre les Substitutions faites par une disposition à cause de mort, et celles qui seront contenues dans un acte entre-vifs.

» 17. Le substitué aura hypothèque sur les biens libres de celui qui aura négligé de faire ledit emploi ou remploi, ou qui aura fait des aliénations des biens substitués, tant pour les sommes capitales qui lui seront dues, que pour les dépens, dommages et intérêts, à compter du jour que celui qui n'aurait pas fait ledit emploi ou remploi, ou qui aurait fait lesdites aliénations, aura recueilli les biens substitués ».

L'hypothèque dont parle le dernier article, a-t-elle lieu dans les ressorts du parlement de Flandre et du conseil provincial d'Artois? *V.* l'article *Nantissement*, §. 2, art. 5, n° 3.

[[II. Le Code civil contient, sur le même objet, les articles suivans:

« 1065. Il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois, à compter du jour de la clôture de l'inventaire, un emploi des deniers comptans, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs. Ce délai pourra être prolongé, s'il y a lieu.

» 1066. Le grevé sera pareillement tenu de faire emploi des deniers provenant des effets actifs qui seront recouvrés et des remboursemens de rentes; et ce, dans trois mois, au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers.

» 1067. Cet emploi sera fait conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait; sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles, ou avec privilége sur les immeubles.

» 1068. L'emploi ordonné par les articles précédens, sera fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution ».]]

§. IV. *De la publication et de l'enregistrement*, [[*aujourd'hui de la transcription.*]]

I. Nous avons rendu compte dans le §. 3 de la sect. 7 de tout ce qui doit être observé dans la publication et l'enregistrement, [[aujourd'hui la transcription,]] des fidéicommis, pour leur donner effet contre les créanciers et les tiers-acquéreurs du grevé.

II. C'est ici le lieu de dire à quoi s'expose le grevé lui-même, lorsqu'il ne satisfait pas à ces formalités.

L'art. 41 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 porte que les fruits des biens substitués n'appartiendront au grevé du jour qu'ils lui seront dus de droit, que dans le cas où il aura fait procéder à la publication et enregistrement dans le délai de six mois, prescrit par l'art 27; et que sinon, « il ne pourra les prétendre que » du jour de ladite publication et enregis» trement. Voulons (ajoute le même texte) » que les fruits échus avant ledit jour, soient » adjugés, et ceux qu'il aurait perçus, restitués, par forme de peine, à celui qui serait » appelé après lui à la Substitution; et s'il » n'était pas encore né, à l'hôpital du lieu où » le jugement sera rendu, ou à l'hôpital le » plus prochain, s'il n'y en a point dans ledit » lieu ».

L'art. 43 déclare que cette disposition « sera » observée, encore que la Substitution fût » faite au profit des enfans de celui contre » lequel elle sera prononcée, et quoiqu'ils » fussent sous sa puissance, dans les pays où » la puissance paternelle a lieu ».

L'art. 44 ajoute: « N'entendons comprendre dans cette même disposition, les pupilles, mineurs ou interdits, ni les églises, » hôpitaux, communautés ou autres qui jouissent du privilége des mineurs. Et en cas » que leurs tuteurs ou curateurs, syndics ou » autres administrateurs aient négligé de satisfaire auxdites formalités, ils seront condamnés en leur propre et privé nom, à telles » sommes qu'il appartiendra, au profit du » premier appelé à la Substitution, ou de » l'hôpital ci-dessus marqué ».

[[III. Le Code civil n'assujétit à aucune peine le grevé qui néglige de faire transcrire la Substitution. Mais il supplée par d'autres dispositions. *V.* ci-après, §. 6.]]

§. V. *De l'ordonnance d'envoi en possession.*

I. Il aurait manqué quelque chose aux précautions que l'ordonnance de 1747 avait prises, en obligeant le grevé à la confection d'un inventaire et à la publication du fidéicommis, si elle n'y avait pas ajouté des mesures pour assurer l'exécution de ces deux formalités essentielles.

Ces mesures consistent à obliger tous ceux qui seront grevés de Substitution, ou *qui prendront leur place*, d'obtenir, avant de pouvoir se mettre en possession des biens substitués, une ordonnance du juge qui les y autorise. L'art. 35 du tit. 2 y est exprès; et il ajoute, pour remplir le but de l'établissement de cette formalité, que l'ordonnance ne pourra être accordée que sur le vu d'un extrait en bonne forme de la clôture de l'inventaire, et de l'acte de publication et enregistrement.

L'art. 36 veut que « la disposition de l'article précédent ait lieu pareillement à l'égard » de ceux qui recueilleront la Substitution, » en cas que celui qui en était chargé, n'ait » pas satisfait aux formalités prescrites par » ledit article ».

L'art. 37 porte que « l'ordonnance requise » par les deux articles précedens, sera donnée » sur une simple requête, à laquelle sera attaché l'acte de publication d'enregistrement, » ensemble l'extrait en bonne forme de la » clôture de l'inventaire, et sur les conclusions du procureur du roi, sans qu'il soit » nécessaire d'y appeler d'autres parties; et » sera fait mention expresse desdits actes » dans le vu de ladite ordonnance, dont la » minute sera mise au greffe; le tout, à peine » de nullité ».

L'art. 39 déclare que « la disposition des » art. 35, 36 et 37 sera observée, encore que » l'exécution des dispositions portant Substitution, eût été consentie par des actes volontaires, lesquels (dit le législateur) ne » pourront avoir aucun effet qu'après que » ceux au profit desquels ils auront été faits, » auront satisfait auxdits articles; ce qui sera » exécuté à peine de nullité ».

L'art. 40 enchérit sur le précédent : « Voulons qu'il ne puisse être rendu aucun » jugement sur les demandes qui seraient *par* » *eux* (1) formées en conséquence des actes » portant Substitution, qu'après qu'il aura » été satisfait auxdits articles; ce qui sera » pareillement observé, à peine de nullité ».

L'art. 45 a quelque connexité avec cette disposition. En voici les termes : « Ceux qui » seront tenus, suivant les règles ci-dessus » prescrites, de faire procéder à l'inventaire » et à la prisée dans les cas où elle est requise, » et à la publication et enregistrement de la » Substitution, seront tenus de satisfaire aux- » dites formalités, encore qu'il prétendissent » être en droit d'attaquer ladite Substitution, » contre laquelle ils ne pourront se pourvoir » qu'après les avoir remplies; sans néanmoins » qu'on puisse s'en prévaloir contre leur pré- » tention, et sauf, en cas qu'ils y réussissent, » à être ordonné qu'ils seront remboursés des » frais par eux faits à ce sujet ».

II. On a vu ci-devant, sect. 8, un exemple tout récent du danger qu'il y a pour un grevé de ne pas faire une attention sérieuse à la rigueur de cet article. Le marquis de Marigny avait obtenu, le 2 juillet 1766, un arrêt qui déclarait libres de Substitution, les biens qu'il avait recueillis du legs universel fait à son profit par la dame de Pompadour, sa sœur; mais parceque cet arrêt n'avait été précédé ni de la publication et de l'enregistrement de l'acte dans lequel on soutenait que la Substitution était écrite, ni d'une ordonnance d'envoi en possession, on l'a attaqué en 1782 par une requête civile, et les représentans du marquis de Marigny ont eu le désagrément de la voir entériner par arrêt du 21 mars 1782, rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général d'Aguesseau.

III. Au reste, il y a sur la compétence des juges à qui il faut s'adresser pour obtenir l'envoi en possession, une différence remarquable entre le droit commun de la France et les pays du ressort du parlement de Flandre.

L'art. 35 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 porte que l'envoi en possession doit être demandé au premier officier des siéges royaux dans lesquels ont dû se faire la publication et l'enregistrement du fidéicommis, ou, en d'autres termes, des siéges déterminés par les art. 19 et 20 du titre cité.

Voilà le droit commun de la France. A l'égard du ressort du parlement de Flandre, l'art. 5 de la déclaration du 12 juillet 1749 porte que « l'ordonnance requise par l'art. 35 » du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, pour » mettre ceux qui seront grevés de Substitu- » tion, ou ceux qui prendront leur place à » leur défaut, en possession des biens subs- » titués, sera donnée en ladite cour de par-

(1) Ces mots, *par eux*, sont relatifs à l'article précédent, et désignent *ceux au profit desquels ont été faits les actes portant Substitution.*

» lement, sur les conclusions du procureur » général, lorsque les biens seront situés » dans son ressort, en tout ou en partie, en » observant au surplus tout ce qui est pres- » crit par ledit article et par les art. 36, 37 » et 39 ».

D'après cette disposition, un arrêt du parlement de Flandre, du 22 avril 1785, rendu à la troisième chambre, au rapport de M. Merlin du Vivier, a déclaré nulle et incompétente une ordonnance du siége échevinal de Lille, portant envoi en possession de biens substitués, et a fait défenses à ce tribunal d'en rendre de pareilles à l'avenir.

Il a été aussi dérogé, pour la ville de Strasbourg, aux règles de compétence établies en cette matière par l'ordonnance de 1747. *V.* ci-après, §. 18, n° 2.

§. VI. *De la nomination d'un tuteur à la Substitution.*

I. Le droit romain ne fait aucune mention de ce que nous appelons *tuteur à la Substitution*. Cette espèce de tutelle y était inconnue.

On n'en trouve non plus aucune trace dans les anciens docteurs, pas même dans Ricard, qui cependant n'a écrit que depuis un siècle; et a si bien approfondi la matière des fidéicommis. Le premier de nos auteurs qui en ait parlé *ex professo*, est Thevenot d'Essaules, dans le chap. 88 de son *Traité des Substitutions;* et cela prouve, comme il l'observe lui-même, que l'usage de faire créer un tuteur à la Substitution, en la personnifiant, ne s'est établi parmi nous que depuis un certain temps.

L'ordonnance de 1747 ne parle pas même de *tuteur :* elle porte seulement, tit 2, art. 5 et 12, que, lorsqu'il sera question de procéder à l'inventaire des biens du substituant, et à l'emploi des deniers compris dans la disposition, il sera nommé un *curateur* à la Substitution pour y assister, en cas que le premier substitué ne soit pas encore né.

Quel est donc, demande Thevenot, l'objet de cette nomination de tuteur que nous pratiquons? Est-ce de lui confier la défense des intérêts de la Substitution, comme ceux du pupille sont confiés à son tuteur, *tutor à tuendo?* Ce tuteur à la Substitution serait-il en conséquence garant du dommage arrivé, par exemple, du défaut de publication et enregistrement, ou du défaut d'emploi des deniers?

Je ne le crois pas, répond l'auteur cité, ou du moins il faudrait pour cela qu'il y eût dans la sentence de nomination, quelque chose de particulier qui emportât cette garantie.

Quand l'ordonnance de 1747 parle de la publication et de l'enregistrement de la Substitution, et de l'emploi des deniers qui la concernent, à qui en impose-t-elle la charge? Ce n'est ni à un tuteur, ni à un curateur nommé à la Substitution, c'est au grevé.

L'ordonnance n'exige la nomination d'un tuteur ou *curateur* à la Substitution, que dans deux cas : savoir, pour assister à l'inventaire des biens du substituant, quand le premier substitué n'est pas né; et pour assister, dans le même cas, à l'emploi des deniers. Voilà donc, conclud Thevenot, toute la charge du tuteur, suivant l'ordonnance.

Hors ces deux cas, nos tuteurs à la Substitution ne sont guère nommés que pour mettre le grevé en état de faire juger ses prétentions contre les substitués dont le droit n'est pas ouvert. C'est un personnage imaginé pour donner au grevé un adversaire contre lequel il puisse diriger ses actions, et qui puisse y défendre, quand les substitués ne peuvent ou ne veulent pas le faire eux-mêmes.

Aussi, comme le remarque encore Thevenot, ne prend-on pour cette fonction qu'un homme sans consistance, et presque toujours insolvable.

Si même, ajoute-t-il, on exigeait un tuteur solvable, comment forcerait-on quelqu'un à accepter cette espèce de tutelle, quand on n'y est autorisé par aucune loi?

[[II. Le Code civil a établi, sur cette matière, une législation toute nouvelle.

Il commence par dire, art. 1055, que le père, la mère, le frère ou la sœur (aujourd'hui tout donateur ou testateur) « qui fera » les dispositions autorisées par les articles » précédens (aujourd'hui par la loi du 17 mai » 1826) pourra, par le même acte ou par » un acte postérieur en forme authentique, » nommer un *tuteur chargé de l'exécution* » *de ces dispositions;* (et que) ce tuteur » ne pourra être dispensé que pour une des » causes » qui dispensent de la tutelle des mineurs ou des interdits.

Puis il ajoute, art. 1056 : « à défaut de ce » tuteur, il en sera nommé un à la diligence » du grevé ou de son tuteur, s'il est mi- » neur, dans le délai d'un mois, à compter » du jour du décès du donateur ou testateur, » ou du jour que, depuis cette mort, l'acte » contenant la disposition aura été connu ».

L'art. 1057 détermine la peine qu'encourra le grevé, faute d'avoir fait nommer un tuteur

à la Substitution : « Le grevé qui n'aura pas » satisfait à l'article précédent, sera déchu » du bénéfice de la disposition; et dans ce » cas, le droit pourra être déclaré ouvert » au profit des appelés, à la diligence, soit » des appelés, s'ils sont majeurs, soit de leur » tuteur ou curateur, s'ils sont mineurs ou » interdits, soit de tout parent des appelés » majeurs, mineurs ou interdits, ou même » d'office, à la diligence du procureur du » roi au tribunal de première instance du » lieu où la succession est ouverte ».

Les art. 1059, 1060, 1068 et 1069, rapportés ci-dessus, §. 1, 3 et 4, règlent les devoirs du tuteur à la Substitution, tant pour l'inventaire et l'emploi des deniers, que pour la transcription.

Et l'art. 1073 apprend au tuteur à la Substitution qu'il ne peut pas manquer impunément à ces devoirs : « Le tuteur nommé pour » l'exécution, sera personnellement respon- » sable, s'il ne s'est pas, en tout point, » conformé aux règles ci-dessus établies pour » constater les biens, pour la vente du mobi- » lier, pour l'emploi des deniers, pour la » transcription et l'inscription, et en général » s'il n'a pas fait toutes les diligences néces- » saires pour que la charge de restitution soit » bien et fidèlement acquittée ».]]

SECTION XII. 1° *Droit du grevé sur les biens substitués pendant la jouissance qu'il en a.*

2° *Obligations qu'il a à remplir pendant cette jouissance.*

3° *Aliénation des biens substitués et hypothéqués dont ils sont passibles.*

Cette section embrasse, comme l'on voit, trois objets distincts; et c'est ce qui en nécessite la division en trois paragraphes.

§. I. *Quels sont les droits du grevé sur les biens substitués, pendant la jouissance qu'il en a?*

I. Cette question n'a presque point d'objet dans les fidéicommis purs, parcequ'ils s'ouvrent sur-le-champ; mais elle est très-intéressante pour les fidéicommis conditionnels, parceque, jusqu'à l'arrivée de la condition qui doit les faire ouvrir, le grevé a droit de jouir des biens qu'ils comprennent.

Voyons donc quels sont les droits et les pouvoirs du grevé pendant que cette condition est en suspens.

II. Le principe général est que le grevé est pleinement propriétaire jusqu'à l'arrivée de la condition, ou, ce qui est la même chose, jusqu'à l'ouverture du fidéicommis.

De là il résulte, dit Peregrini, *de fideicommissis*, art. 46, n° 102, que, pendant toute sa jouissance, il administre les biens pour lui-même et en son nom, comme tout propriétaire. Aussi la loi 44, D. *ad Trebellianum*, dit-elle formellement qu'il ne doit point être considéré à cet égard comme le procureur d'un tiers : *nec æquum erat alterius, ut sic dixeris, procuratorem constitui.*

Une autre conséquence du même principe est que c'est au grevé à faire et recevoir tous les paiemens qui intéressent l'hérédité, si le fidéicommis est universel; et que, dans le cas où il n'est chargé que d'une Substitution particulière, il a également droit de recevoir tout ce qui y entre.

De là, l'art. 15 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, qui permet au débiteur d'une rente substituée, d'en faire le remboursement entre les mains du grevé, et le déclare pleinement libéré par ce remboursement, encore que le grevé n'en ait pas fait le remploi (1).

Le même article excepte cependant de sa disposition, le cas où il y a eu des oppositions formées entre les mains des débiteurs. Ainsi, dit Furgole, si les « substitués ont fait quel- » que diligence, soit par saisie-arrêt ou » bannissement, soit par simple acte de » protestation ou d'opposition au paiement, » les débiteurs qui feront le paiement au » grevé, ne seront pas pleinement libérés, » et ils seront responsables de l'insolvabilité » du grevé; en sorte qu'ils devront payer » une seconde fois, si les substitués ne peu- » vent pas reprendre sur le grevé les sommes » qui lui auront été payées, et dont il n'y aura » point d'emploi; mais les substitués ne peu- » vent avoir qu'une action récursoire, après » avoir discuté le grevé ».

Un arrêt du parlement de Flandre, du 14 février 1698, rapporté par Desjaunaux, tome 2, §. 204, a jugé que « le débiteur d'une » rente fidéicommissée au profit des enfans » de son créancier, voulant rembourser, en » peut consigner le capital et n'est pas tenu » d'en faire le remboursement ès mains du » créancier chargé du fidéicommis, quoiqu'il » offre caution pour le remploi ». On voit bien que cet arrêt a été rendu avant l'ordonnance de 1747; car depuis qu'il est établi que le débiteur ne court aucun risque, en

(1) [[*V.* l'art. 1066 du Code civil, rapporté ci-devant, sect. 11, §. 3, n° 2.]]

faisant au grevé un remboursement auquel il n'y a aucune opposition formée entre ses mains, il est clair que ce débiteur ne doit plus être admis à consigner que dans les cas où le serait tout redevable d'une créance absolument libre. La consignation n'est qu'un remède pour le débiteur qui a des droits à conserver, en même temps qu'une créance à éteindre; et il n'est jamais permis de l'employer aux frais du créancier, lorsqu'il n'en résulte ni avantage réel, ni sûreté nécessaire.

Il y a dans le recueil de La Peyrère, lettre S, n° 139, édition de 1706, un arrêt du parlement de Bordeaux, du 7 février 1673, qui infirme une sentence par laquelle un grevé avait été condamné à donner caution au débiteur du prix d'un office, qu'il poursuivait pour le paiement de ce prix.

III. Le pouvoir du grevé ne s'étend pas jusqu'à aliéner le bien qu'il est chargé de rendre. C'est ce qu'on expliquera dans le §. 3.

Mais il peut, comme on le verra dans la sect. 18, intenter et soutenir tous les procès qui concernent ces biens.

Il peut aussi transiger; mais, suivant l'art. 53 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, la transaction ne lie le substitué qu'autant qu'elle a été homologuée par arrêt, sur les conclusions du ministère public. Voici les termes de cet article : « Les actes contenant des » désistemens, transactions ou conventions, » qui seront passés à l'avenir entre celui qui » sera chargé de Substitution, ou qui l'aura » recueillie, et d'autres parties, soit sur la » liquidation des biens substitués et des dis» tractions, soit par rapport aux droits de » propriété, d'hypothèque, ou autres qui » seraient prétendus sur lesdits biens, ne » pourront avoir aucun effet contre les subs» titués, et il ne pourra être rendu aucun » jugement en conséquence desdits actes, » qu'après qu'ils auront été homologués en » nos cours de parlemens ou conseils supé» rieurs, sur les conclusions de nos procu» reurs généraux; ce qui sera observé à » peine de nullité ».

L'art. 54 ajoute que « les arrêts qui auront » homologué lesdits actes, seront exécutés » contre les substitués, lesquels ne pourront » se pourvoir contre lesdits arrêts que par » la voie de la requête civile ».

[[Le Code civil ne renouvelle pas ces dispositions: il porte seulement, art. 2045, que « pour transiger, il faut avoir la capacité de » disposer des objets compris dans la tran» saction ».

Du reste, *V.* le décret du 22 décembre 1812, rapporté ci-après, sect. 18, n° 7.]]

IV. Le grevé peut-il, pendant la condition, établir des servitudes sur les biens substitués?

Il le peut, puisqu'il est propriétaire.

Ces servitudes auront même un effet perpétuel, si leur établissement est antérieur à la publication du fidéicommis, faite après les six mois dont parle l'art. 27 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, [[aujourd'hui à la transcription au bureau des hypothèques, en quelque temps qu'elle ait été faite. *V.* ci-devant, sect. 7, §. 3, art. 7.]]

Mais dans le cas contraire, elles ne dureront pas plus que la propriété du grevé, et par conséquent elles se résoudront au moment où le fidéicommis s'ouvrira par l'échéance de la condition : *Sed et imposita servitus finietur existente conditione*, dit la loi 105, D. *de conditionibus et demonstrationibus*. *V.* l'article *Servitude*, §. 10 et 30.

V. Doit-on raisonner de même à l'égard des baux faits par le grevé pendant la condition?

Il semble qu'il y ait identité de raison, et Freminville, dans sa *Pratique des Terriers*, tome 5, page 66, assure qu'il en a été ainsi jugé au grand conseil, le 13 février 1716, pour le bail de la terre de Mirebeau, qui a été déclaré résolu par le décès du grevé.

Cependant Denisart dit que le contraire a été décidé par un arrêt du parlement de Paris, du 30 juin 1755, et par une sentence du châtelet, du 28 août 1756. On a considéré, suivant lui, « qu'un bail est un acte de simple » administration, et que d'ailleurs un grevé » n'est pas simplement usufruitier avant l'ou» verture du fidéicommis, la propriété résidant alors sur sa tête. D'un autre côté (pour» suit-il), si l'on permet au mari de faire des » baux des biens de sa femme, dont l'admi» nistration lui est confiée, à plus forte rai» son doit-on le permettre à un grevé de » Substitution dans le temps qu'il est pro» priétaire, quoique sa propriété ne soit pas » entièrement parfaite; sans quoi, la Substi» tution nuirait aux droit du grevé, puisqu'il » ne pourrait pas faire un acte d'administra» tion valable; ce qui ne peut pas avoir été » dans l'intention de l'auteur de la Substi» tution, qui n'a voulu rien autre chose, sinon » conserver la propriété au fidéicommissaire, » et non pas empêcher ni gêner la jouissance » du grevé ».

Ces raisons peuvent éblouir un instant; mais examinées de près, elles s'évanouissent.

D'abord, il importe peu que le bail ne soit qu'un acte de simple administration; cette

raison ne prouve rien par elle-même. Un bénéficier a certainement l'administration, l'usufruit même, de son bénéfice : cependant les baux qu'il fait, ne lient pas son successeur.

En second lieu, on ne peut encore rien conclure de la qualité de propriétaire qu'a le grevé pendant sa jouissance. Ce n'est point de lui, ce n'est point de ses mains, que le substitué reçoit par la suite cette qualité : et quand il en serait autrement, il ne s'ensuivrait pas encore que le substitué fût obligé d'entretenir les baux, car un bail ne lie le successeur du propriétaire qui l'a fait, que dans le cas où la succession s'opère à titre universel, et forme un droit héréditaire ; témoins (comme le prouvent la loi 9, C. *de locato*, et la loi 120, §. 2, D. *de legatis* 1°), l'acheteur et le légataire, qui ne sont pas soumis à l'exécution des baux faits par le vendeur et le testateur, parcequ'ils ne sont que successeurs à titre particulier. En troisième lieu, il n'y a encore aucune conséquence à tirer des lois qui rendent exécutoire contre la femme, le bail que le mari a fait de son fonds dotal. Si la femme est obligée, c'est parceque le mari, auteur du bail, était administrateur légal des biens dotaux de sa femme, et les a loués en cette qualité. Le grevé, au contraire, n'est point administrateur du substitué, il administre en son nom et comme propriétaire.

A l'égard de l'arrêt cité par Denisart, il est à croire qu'il a été rendu sur des circonstances particulières. Peut-être la Substitution n'avait-elle pas été publiée et enregistrée; peut-être le substitué se trouvait-il héritier du grevé.

Et encore, dans cette dernière hypothèse, aurait-on dû laisser au substitué l'option d'entretenir le bail, ou d'expulser le fermier en l'indemnisant, comme on le fait dans le cas d'une véritable aliénation, d'après la disposition de l'ordonnance de 1747. C'est ce qui vient d'être jugé au parlement de Paris. Écoutons la *Gazette des Tribunaux*, tome 16, page 291 :

« M. le duc de la Vallière, propriétaire grevé de Substitution de la terre de Pagnie, l'avait affermée au sieur Molra pour neuf ans. Trois ou quatre ans avant l'expiration de ce bail, il en accorda au même particulier, un nouveau qui devait durer dix-huit ans, en commençant à courir à l'expiration du premier. L'acte portait la convention expresse qu'arrivant le décès de M. le duc de la Vallière, si ses héritiers expulsaient le fermier, ils seraient tenus de l'indemniser, et en outre de rendre le pot-de-vin de 1,500 livres qui avait été donné.

» M. le duc de la Vallière meurt ; madame la duchesse de Châtillon, sa fille, son héritière, appelée à recueillir la Substitution, donne congé au fermier, offre de lui rendre le pot-de-vin, mais soutient qu'il ne lui est pas dû d'indemnité ; que le bail de dix-huit ans, dont la jouissance n'était pas encore commencée, était nul, parceque M. le duc de la Vallière était grevé de Substitution, et n'était, par cette raison, qu'usufruitier des biens substitués ; que les ordonnances mêmes défendent aux administrateurs de faire des baux par anticipation ; et enfin, qu'un bail de dix-huit ans est considéré comme une véritable aliénation. Sentence des requêtes du palais, qui adjuge à madame la duchesse de Châtillon ses conclusions, et déclare le bail nul.

« Appel à la cour de la part du fermier, qui soutient que le grevé de Substitution est véritablement propriétaire, et peut faire, à ce titre, tous les actes qu'il juge à propos, pourvu qu'il n'aliène pas ; que d'ailleurs madame la duchesse de Châtillon étant héritière de son père, est tenue d'accomplir ses faits et promesses.

» Arrêt du 18 mars 1783, qui met l'appellation et ce au néant, en ce qu'il a été jugé que le bail était nul ; émendant, condamne madame la duchesse de Châtillon à payer au sieur Molra une indemnité, à raison de dix-huit ans que devait durer le bail, à dire d'experts, et aux dépens.

» Après la prononciation de l'arrêt, sur la remontrance du défenseur de madame la duchesse de Châtillon, il a été laissé à sa partie l'option de payer l'indemnité, ou de continuer le bail ».

Par là, il a été jugé bien clairement que le substitué n'est pas obligé, comme tel, d'entretenir les baux faits par le grevé, et que, lors même qu'il est héritier de celui-ci, il peut en expulser le fermier, en lui payant ses dommages-interêts, comme il peut, dans le cas d'une aliénation proprement dite, exercer la revendication sur l'acquéreur, en l'indemnisant.

Il ne faut pas croire avec l'auteur de la *Gazette des Tribunaux*, qu'il ait été décidé par cet arrêt que le grevé *de Substitution peut faire tous actes de propriétaire, hors l'aliénation, et même qu'il peut affermer pour dix-huit ans*. Cette proposition n'est pas vraie, et les circonstances dont nous venons de rendre compte, prouvent qu'elle n'a pu entrer pour rien dans les motifs de l'arrêt.

On trouve dans le recueil de Bésieux, liv. 6, chap. 11, §. 13, un arrêt du parlement de Provence, du 23 mai 1705, qui juge qu'un substitué peut, quoiqu'héritier par bénéfice d'inventaire du grevé, expulser les fermiers à qui le défunt a passé des baux, et que ceux-ci n'ont contre lui qu'une action en dommages-intérêts, dont il est seulement tenu à concurrence des forces de l'hérédité.

[[Aujourd'hui, le bail fait par l'usufruitier aux époques et pour les termes fixés par le Code civil liant le propriétaire, il n'y a plus de raison pour que le bail fait de la même manière par le grevé de Substitution, ne lie pas également le substitué. *V.* l'article *Bail*, §. 2 et §. 14.]]

VI. Le grevé peut-il s'approprier les hautes futaies qui existent sur le fonds substitué, lorsqu'elles ont atteint leur maturité?

Non. Le fidéicommis du fonds affecte l'arbre, et la maturité de l'arbre n'est pas un moyen d'anéantir le fidéicommis: non-seulement les lois ne le disent pas, mais la volonté présumée du substituant s'y oppose; car un fidéicommis de cette espèce serait bientôt réduit à rien, s'il était permis au grevé d'en détacher à son profit personnel chaque futaie qui se trouverait mûre. On ne peut, en cette matière, mieux comparer un arbre de haute futaie qu'à une rente. Une rente s'éteint par le remboursement, comme l'arbre cesse d'exister dans l'ordre végétal, lorsqu'il est mûr et qu'on l'abat. Or, le remboursement n'anéantit point la Substitution de la rente: la Substitution continue d'affecter les deniers du remboursement, et ces deniers doivent être remployés dans la forme prescrite ci-dessus, sect. 11, §. 4. Il en est de même de l'arbre; l'abattis qu'on en fait, ne le dégage pas des liens du fidéicommis; ces liens s'étendent sur l'argent de la vente qu'on en fait, et l'assujétissent au remploi.

Mais du moins le grevé ne peut-il pas distraire de cet argent et s'approprier la valeur de l'accroissement que l'arbre a pris depuis qu'il jouit du fonds substitué?

Nous avons établi la négative au mot *Catteux*, sect. 3, §. 4.

[[Quand le grevé de Substitution, au lieu d'exploiter les bois taillis, les a laissé croître en futaie; peut-il, au moment de la restitution du bien, demander qu'ils soient estimés pour en distraire la valeur?

Voici un arrêt du parlement de Grenoble, qui juge pour l'affirmative.

Le 18 août 1718, Jean-Baptiste Bruny, négociant de Marseille, a fait un testament par lequel il a institué François de Bruny de Saint-Canat, son fils aîné, héritier universel, avec charge de Substitution en faveur de ses enfans mâles, l'ordre de progéniture observé. De tous les biens compris dans cette Substitution, le domaine de la Tour-d'Aigues était le plus important. François de Bruny de Saint-Canat y a laissé croître en futaie des bois taillis qu'il avait le droit d'abattre.

A sa mort, arrivée en 1772, il a laissé plusieurs enfans.

L'aîné, M. de Bruny de la Tour-d'Aigues, président au parlement de Provence, était tout à la fois appelé à la Substitution fondée par son aïeul, et héritier institué de son père; les autres étaient réduits à leur légitime.

Pour fixer cette légitime, il a fallu distinguer les biens libres de François de Bruny de Saint-Canat, d'avec ceux qu'il n'avait possédés qu'avec la charge de Substitution; car les légitimaires ne pouvaient exercer leurs droits que sur les premiers.

Cette opération a donné lieu à des difficultés sans nombre, qui toutes ont été portées au parlement de Grenoble, par évocation pour cause de parenté.

Enfin, après quatre-vingt-seize vacations, de deux heures chacune, il a été rendu, le 6 septembre 1783, un arrêt par lequel, entre autres dispositions, il a été ordonné que la succession de François de Bruny de Saint-Canat serait composée notamment des bois qui se trouveraient dans le domaine de la Tour-d'Aigues, et qui, étant en taillis à la mort de Jean-Baptiste de Bruny, seraient devenus futaies pendant la vie du grevé.

Le président de Bruny de la Tour-d'Aigues s'est pourvu contre cet arrêt au conseil: il a prétendu qu'on devait le casser, parceque, selon lui, il avait jugé que la terre de la Tour-d'Aigues était et n'était pas substituée, que les bois d'un parc étaient susceptibles de coupe, qu'un grevé avait le droit d'abattre les futaies, et que les futaies ne faisaient pas partie de la terre substituée.

« Ce grief (répondaient les légitimaires) ne présente pas un moyen de cassation; mais au surplus, il n'est pas imposant. Lorsque le grevé a fait des impenses et améliorations dans les fonds substitués, il doit en être remboursé par celui qui recueille la Substitution: ce principe est incontestable.

» Le sieur de Saint-Canat, pendant sa jouissance, avait le droit de couper les bois taillis; au lieu de les exploiter, il les a laissé croître en futaie; par là, il a augmenté à ses dépens la valeur du fonds; le substitué en doit, par

conséquent, la récompense à la succession du sieur de Saint-Canat. L'arrêt n'a pas ordonné la coupe des bois du parc; il a seulement ordonné qu'il serait fait estimation des bois devenus futaies depuis la mort du sieur de Bruny, en exceptant les arbres formant allées, avenues et bosquets dans les jardins; il a décidé que le montant de l'estimation de ces bois devenus futaies, entrerait dans la masse de la succession du sieur de Saint-Canat : rien n'était plus juste, puisque le sacrifice qu'il avait fait, en s'abstenant de couper les taillis, avait donné à la terre un accroissement de valeur, dont M. de la Tour-d'Aigues, qui recueillait le fidéicommis, ne pouvait se dispenser de faire raison ».

En effet, par arrêt du mois d'avril 1786, rendu après une instruction contradictoire, le conseil a débouté M. de la Tour-d'Aigues de sa demande en cassation.

V. l'art. 1403 du Code civil, et l'article *Usufruit*, §. 3.]]

VII. Le grevé peut-il faire procéder à une licitation sans le concours de l'appelé et sans conclusion du ministère public? *V.* ci-après, sect. 17, nos 4 et 6.

§. II. *Des obligations du grevé pendant sa jouissance.*

I. Le grevé de Substitution est propriétaire; mais comme il ne l'est que pour un temps, il faut qu'il régisse en bon père de famille, c'est-à-dire, qu'il apporte à l'administration des biens le même soin, la même diligence qu'on met ordinairement à ses propres affaires.

S'il ne le fait pas, il est responsable du dommage qui en résulte pour le substitué, lorsque le fidéicommis vient à s'ouvrir. C'est ce que porte la loi 22, D. *ad Trebellianum.*

Mais, suivant cette loi, il n'est tenu que des pertes occasionnées par faute grossière; *culpæ planè reddere rationem, sed ejus quæ dolo proxima est.* Il ne répond, ni de la faute légère, ni de la négligence qu'on a coutume de mettre dans ses affaires personnelles : *non levi et rebus suis assuetâ negligentiâ.*

Il y a même un cas où le §. 12 de la loi 108, D. *de legatis* 1°, ne le rend responsable que du dol caractérisé et formel : c'est lorsqu'il est chargé de rendre, non-seulement la chose, mais encore les fruits. Dans ce cas, en effet, la disposition ne lui est aucunement profitable; et il ne peut pas raisonnablement être obligé à des soins que le substituant n'a point payés.

II. Le grevé est-il tenu d'acquitter les charges des biens?

Il faut distinguer quelles sont ces charges.

S'agit-il d'arrérages de rentes foncières, ou d'impositions qui échoient pendant sa jouissance? Il est incontestable que le grevé doit les acquitter du sien et sans répétition contre le substitué, parceque ce sont des charges naturelles des fruits dont il profite. Un simple usufruitier en serait même tenu. (Lois 7 et 52, C. *de usufructu*).

Est-il question d'arrérages de rentes constituées ou d'intérêts de sommes mobilières dues par l'hérédité du substituant? En ce cas, ou le fidéicommis est particulier, et alors le grevé n'en est nullement tenu; ou le fidéicommis est universel, et dans cette hypothèse, la loi 50, §. 1, D. *ad Trebellianum*, veut qu'il paie ce qui court pendant sa jouissance : *Si fœnus heres medii temporis solverit, eo nomine non erit retentio, cùm proprium negotium gessit.*

Pour les capitaux des dettes que le substituant a laissées, on sent bien que le grevé ne les doit en son nom dans aucun cas. Tout ce qu'il peut et doit faire à cet égard, c'est de prendre sur les fonds mêmes de la Substitution, de quoi acquitter ces dettes; et c'est en effet un des points décidés par l'arrêt de la grand'chambre du parlement de Paris, du 12 avril 1777, dont il va être parlé.

III. En est-il de même des droits, soit fiscaux, soit seigneuriaux, auxquels la mutation opérée par la disposition faite en faveur du grevé, a pu donner ouverture?

Il est certain que les droits d'insinuation et de centième denier, [[aujourd'hui d'enregistrement]], auxquels tout acte portant Substitution, donne ouverture, doivent être payés par le grevé. En effet, le grevé ne peut pas laisser imparfaites les volontés de celui à qui il succède : la déclaration du 18 janvier 1712, l'ordonnance de 1747 [[et le Code civil]], lui imposent nommément la loi de leur donner la perfection, en les faisant publier et enregistrer, [[aujourd'hui transcrire au bureau des hypothèques]]; or, elles ne peuvent être publiées et enregistrées [[ni transcrites]], si elles n'ont été préalablement insinuées. C'est donc au grevé à faire insinuer les Substitutions, et par conséquent à payer les droits accessoires à cette formalité.

Le conseil du roi l'a ainsi jugé toutes les fois que la question s'est présentée. Deux arrêts du 13 décembre 1712 ont condamné la veuve Juramy et Pierre Garnier à payer les différens droits auxquels donnaient lieu des

testamens faits en leur faveur, avec charge de Substitution. Par un autre arrêt du 7 mai 1718, infirmatif d'une ordonnance de l'intendant d'Auch, François Becquié, héritier institué par son père, a été condamné au paiement des droits d'insinuation des Substitutions dont il était grevé en faveur de ses frères.

Quant aux droits seigneuriaux, la question s'est présentée au parlement de Paris dans l'espèce suivante.

Par contrat de mariage du 26 août 1761, le prince de Raches donne à son épouse tous les immeubles qu'il laissera à sa mort, à charge de Substitution au profit du marquis de Berghes et de l'aîné mâle de ses descendans jusqu'à la troisième génération.

En 1776, la princesse de Raches fait assigner le marquis de Berghes, pour voir dire qu'elle sera autorisée à emprunter sur les biens substitués une somme suffisante pour acquitter les droits seigneuriaux que la donation a produits.

Le marquis de Berghes répond :

« Comment et pourquoi voudrait-on ranger les droits seigneuriaux dans une classe différente du droit de centième denier, d'insinuation, de franc-fief et autres de cette espèce, toujours dus par le possesseur? Cette distinction paraît si nouvelle, et les raisons qui la contrarient, si vulgaires, qu'on n'est embarrassé que sur la manière de les rendre. Mille fois il s'est fait des donations à charge de Substitution, et ces sortes d'actes ont donné ouverture à des droits. Jamais on n'a prétendu qu'il fallût, pour acquitter ces droits, détruire la Substitution, en vendant ou hypothéquant les fonds. Jamais l'institué n'a attaqué les appelés pour venir à son secours, et payer avec ou pour lui, ou voir aliéner les biens substitués.

» Les droits seigneuriaux sont, comme on le sait, privilégiés sur les fonds; mais pour forcer à payer les droits que le changement de possesseur occasionne, c'est à la jouissance que les seigneurs s'en prennent; c'est elle qu'ils attaquent: ils ne connaissent que celui qui jouit.

» Tout le monde sait la première maxime de nos coutumes, qui autorise le seigneur à *saisir*, à faire les *fruits siens*, faute *d'homme*, *droits non payés ou devoirs non faits*; c'est donc principalement et d'abord sur les fruits et sur celui qui veut en jouir, que ces droits sont exigibles.

» Il est vrai que le quint, qui a lieu pour les fiefs, emporte une portion fort considérable de la jouissance; et que ceux qui veulent l'obtenir, sont souvent réduits à la nécessité de prendre des fonds sur eux, ou de sacrifier une très-forte partie des fruits qui leur reviennent.

» Mais le plus ou le moins de ces droits ne peut rien changer à la personne du débiteur, ni à l'objet sur lequel ils doivent être pris. Si l'on veut jouir des fonds, il faut en acquitter les charges, quelque dures qu'elles puissent être.

» Quel est maintenant l'objet, quel est le but en général d'une Substitution? C'est de conserver les biens dans une famille. Il entre nécessairement dans l'idée de quiconque adopte cette manière de disposer, autorisée, favorisée même par la loi, d'envisager ceux qu'il appelle de degré en degré, pour recueillir ses biens, et de vouloir qu'ils leur soient transmis en entier.

» C'est une erreur, de la part du donataire ou de celui qui le premier doit toucher à ces biens, de ne songer qu'à lui seul, de ne voir que son intérêt personnel, et de cesser de se regarder comme une sorte de dépositaire chargé de rendre comme il a pris, et tout ce qu'il a pris, en son entier. La Substitution est un droit éventuel qui s'ouvre au profit de l'appelé, lorsque le degré est vacant. Vouloir que l'institué puisse entamer les fonds substitués, pour acquitter les droits auxquels sa propriété donne ouverture, c'est lui accorder une préférence personnelle sur tous les autres appelés. Car il faudra aussi qu'ils acquittent ces droits, lorsque les biens substitués passeront dans leurs mains. Or, pourquoi l'institué prélèverait-il ces droits sur la masse des biens substitués, tandis que le second et le troisième appelés seraient obligés de les acquitter personnellement? Ou si chacun d'eux est autorisé à prélever ces droits, que deviendra la défense de charger et d'aliéner les biens?

» Que deviendra la Substitution elle-même, en prenant deux ou trois fois, et même plus, dans le cas d'une Substitution à l'infini qui serait autorisée par lettres-patentes, en prenant, dit-on, successivement les droits de mutation sur la propriété? Celle-ci s'évanouirait totalement. Peut-on jamais présumer que telle ait été la volonté de celui qui a fondé la Substitution? Il se trouverait une inégalité réelle et physique entre l'institué ou le donataire et les appelés. Le premier aurait une jouissance plus étendue, puisqu'à son égard, il n'y aurait eu de déduction que pour les droits dus à raison de sa propriété, tandis que les derniers paieraient pour une propriété passée et pour la leur.

» Pourquoi d'ailleurs l'institué et les appelés, successivement autorisés à regarder les fonds substitués comme responsables des droits ouverts par leur possession, ne seraient-ils pas indemnisés des saisies féodales, des pertes de fruits qu'ils essuieraient, à supposer qu'ils ne trouvassent pas à vendre les fonds dans l'année, et que les seigneurs fissent des saisies féodales? L'accessoire suit toujours le principal : ainsi, trois à quatre années ou plus de jouissance, perdues pour l'institué ou les appelés, seraient encore reprises sur la Substitution. En est-il une seule qui pût subsister?

» Allons plus loin. Les droits à payer au seigneur, ne sont pas d'une nature différente du centième denier, de l'insinuation, du droit de franc-fief et autres, dus par les possesseurs et à cause de la possession. Pourquoi les institués et les appelés ne les préleveraient-ils pas également? Supposons que des fiefs donnés à la charge de Substitution, dussent passer d'abord sur la tête d'un roturier, et venir ensuite à des appelés qui seraient nobles. Le roturier, premier donataire, dirait : je ne dois rien perdre sur ma jouissance, c'est un droit réel, etc. En adoptant cette idée, le noble supporterait le franc-fief; jamais aucune Substitution ne pourrait se soutenir avec ce retranchement perpétuel. Mais l'art. 56 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 s'oppose directement à un pareil système. Il regarde les droits seigneuriaux, quels qu'ils soient, comme dus à cause de la possession, et personnels à celui qui veut posséder les biens substitués. Il ne faut que peser les termes dont il se sert, pour s'en convaincre ».

A ces moyens, la princesse de Raches oppose que les biens substitués sont régis par la coutume d'Artois; qu'aux termes de l'art. 29 de cette loi municipale, les droits seigneuriaux auxquels la vente donne ouverture, sont à la charge du vendeur; que la donation est assimilée à la vente, et que par conséquent il faut que ce soit la chose donnée qui paie les droits seigneuriaux.

« Cette objection (réplique le marquis de Berghes) n'est qu'un sophisme. L'art. 29 de la coutume d'Artois n'est qu'une répétition de l'ancienne loi des fiefs, qui assujétissait le vassal à demander à son seigneur la permission de vendre; permission que le seigneur n'accordait que moyennant une finance. Mais on conçoit que, si le vendeur est tenu du quint, il augmente son prix à proportion, de sorte que l'acheteur le paie réellement, ce qui revient définitivement au même. En effet, une vente est toujours le résultat du calcul fait, d'une part, sur l'argent qu'on espère, et de l'autre, sur la jouissance du bien qu'on se procure. Si la jouissance est plus étendue, on se décide nécessairement à en donner une somme plus forte. Mais quelle ressemblance peut-il y avoir entre celui qui vend et celui qui donne? Le premier reçoit l'image, l'équivalent, le prix de ce dont il s'exproprie; l'autre agit par principe de pure libéralité; rien ne le dédommage; il abandonne tout. Comment donc vouloir encore que le second soit forcé d'ajouter à ce qu'il donne?

» S'il arrive que le donataire possède un peu moins, qu'il soit privé même d'une forte partie de ce qu'il comptait avoir, il a dû s'y attendre. Vouloir charger le donateur de payer personnellement les droits auxquels la donation donne ouverture, c'est le forcer de donner plus qu'il n'a promis, savoir, les biens qui font l'objet de la donation, et ensuite le montant des droits seigneuriaux. Vouloir prélever ces droits sur les fonds, lorsqu'ils sont substitués, c'est altérer la masse du fidéicommis, qui doit passer tout entière successivement à chacun des appelés, pour remplir le vœu du fondateur.

» Aussi, quoique la coutume d'Artois assujétisse aux mêmes droits seigneuriaux la donation et la vente, elle n'impose point du tout au donateur, comme au vendeur, l'obligation de les acquitter. Non-seulement il n'y a point de texte à ce sujet (et il en faut un bien clair), mais tout prouve que la coutume, dans ce point, a laissé subsister le droit commun. Elle permet même au vendeur de se libérer de cette obligation, et de la transporter sur la tête de l'acheteur : *à moins*, dit l'art. 29, *qu'autrement ait été convenu entre les contractans.* Or, non-seulement une telle convention est nécessairement attachée au lon, mais elle en est la conséquence; car rien de plus éloigné de l'esprit d'un donateur, que de se rendre débiteur au-delà de ce qu'il donne ».

Sur ces raisons, arrêt qui appointe les parties; et le 12 avril 1777, arrêt définitif, au rapport de M. l'abbé de Farjonnel, qui déboute la princesse de Raches de sa demande, et conséquemment juge que les droits seigneuriaux auxquels la disposition grevée de fidéicommis donne ouverture, sont à la charge personnelle de l'institué, ou, ce qui revient au même, du donataire.

La princesse de Raches est parvenue à faire casser cet arrêt au conseil, sur des défauts de forme dont nous parlons à l'article

Nullité, §. 3, n° 1. L'arrêt de cassation renvoyait les parties à se pourvoir à la gouvernance de Douai, juge du chef-lieu de la Substitution. Mais l'affaire n'a eu aucune suite en ce siége. La princesse de Raches a sans doute pressenti que sa demande n'aurait pas plus de succès à Douai qu'à Paris; et en effet, j'ai vu, sur la fin de l'année 1778, ou au commencement de l'année 1779, rendre au parlement de Douai un arrêt exactement conforme à celui que le marquis de Berghes avait obtenu au parlement de Paris.

De pareilles autorités, et les raisons qui les fondent, doivent sans doute élever au-dessus de toute difficulté la décision qu'elles établissent. Cependant nous trouvons dans le *Journal des Causes célèbres*, tome 35, pages 148 et 150, deux arrêts du haut conseil de Hollande, de 1725 et 1736, qui jugent que « les centièmes et deux centièmes deniers, impôts dus à la république des Provinces-Unies, pour les mutations de biens » par décès, doivent se prendre, en cas de » Substitutions, sur les capitaux substitués »; mais on a soin d'avertir, page 151, qu'ils ont été rendus sur simples requêtes, et sans entendre les parties intéressées à la conservation des fonds.

[[Voyez, au mot *Majorat*, §. 6, l'art. 6 du décret du 24 juin 1808.]]

IV. Nous n'avons pas encore parlé des réparations à faire aux biens substitués pendant la jouissance du grevé.

A cet égard, on suit les mêmes règles que pour le simple usufruitier. Comme lui, le grevé est personnellement obligé à toutes les réparations menues et d'entretien; et comme lui, il est dispensé de celles qu'on appelle *grosses*. Il y a même, sur ce dernier point, une décision expresse dans la loi 58, D. *de legatis* 1°. Suivant ce texte, le grevé qui a reconstruit des maisons incendiées, est en droit d'en répéter le montant, lorsqu'il restitue les biens.

Ricard (*Traité des Substitutions*, n° 153) dit positivement la même chose. « Le grevé » (ce sont ses termes) n'est que comme un » simple usufruitier, et n'est par conséquent » obligé en son nom qu'aux frais et im» penses qui sont attachés à sa jouissance ».

Mais cet auteur ne se contredit-il pas en avançant au même endroit, que le grevé est *tenu de rendre les lieux en bon état, même des grosses réparations*, et qu'il serait responsable du dommage arrivé faute *de ces réparations*? Non; car sans doute il a voulu dire que, si le grevé avait négligé la voie qui lui est indiquée par les principes, pour conserver, par des réparations nécessaires, les biens qu'il est chargé de rendre, il serait dans le cas d'être valablement recherché.

Mais quelle est cette voie? C'est un point sur lequel les lois ne paraissent pas s'être expliquées: heureusement la raison naturelle supplée à leur silence.

Il y aurait de l'injustice à forcer le grevé de faire, de ses propres fonds, toutes les avances nécessaires pour les grosses réparations; l'équité veut qu'en s'adressant à la justice, il obtienne la permission d'hypothéquer ou de vendre des biens substitués, pour se procurer les deniers nécessaires, à moins que les appelés n'offrent de les fournir.

C'est ainsi que, par arrêt du parlement de Flandre, du 30 avril 1782, rendu au rapport de M. Hennet, à la deuxième chambre, le sieur Mallet des Prés, pour qui j'écrivais, a été autorisé à emprunter sur des biens substitués dans sa personne au profit de ses héritiers, une somme de 1,800 florins, dont il serait fait emploi pour la reconstruction d'une muraille.

J'ai obtenu un arrêt semblable au mois de juillet suivant pour le sieur Mallet de Belandre. Il est intervenu dans la même chambre et au rapport du même magistrat que le précédent.

V. Nous avons dit plus haut, §. 1, que le grevé a droit de recevoir toutes les dettes actives que comprend la Substitution. De là, et du principe qu'il doit régir en bon père de famille, il est naturel de conclure que c'est à lui à faire les poursuites contre les débiteurs, et que, si, faute de diligences de sa part, ces débiteurs deviennent insolvables, il est garant de leur insolvabilité.

§. III. *De l'aliénation et de l'engagement des biens substitués.*

Dans la thèse générale, le grevé de Substitution ne peut ni aliéner ni hypothéquer les biens qu'il est chargé de rendre (1).

Mais il y a (indépendamment du *fidéicommis de ce qui restera*, dont on a parlé ci-devant, sect. 10, §. 9) plusieurs cas où cette règle n'a pas lieu.

Pour mettre dans un ordre convenable tous les détails que demandent ces exceptions, nous parlerons

1° Des aliénations que la seule nature ou

(1) Nous supposons ici la Substitution dûment publiée et enregistrée, [[aujourd'hui transcrite au bureau des hypothèques]]; mais que serait-ce, si elle ne l'était pas? *V.* ci-devant, sect. 7, §. 3.

l'état des choses substituées rend ou peut rendre licites ;

2° Des aliénations faites pour l'acquittement des dettes auxquelles elles sont sujettes;

3° Des aliénations faites du consentement des appelés ;

4° Des aliénations que le grevé fait pour le temps de sa propriété et jouissance ;

5° Des aliénations et hypothèques pour dot et autres droits nuptiaux ;

6° Des aliénations et hypothèques pour les besoins du grevé ;

7° De la translation du fidéicommis d'un bien sur un autre bien.

ART. I. *Des aliénations que la seule nature ou l'état des choses substituées rend ou peut rendre licites.*

I. Il y a des choses qui, par leur nature, non-seulement *peuvent*, mais *doivent* absolument être vendues par le grevé ; ce sont les meubles. *V.* ci-devant, sect. 11, §. 2.

Il y en a d'autres dont la nature n'oblige pas, mais permet de les aliéner ; ce sont les offices. C'est ce que suppose l'art. 3 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, en ces termes : » Les offices..... pourront être chargés de » Substitution...., et *en cas de vente... desdits offices*, il sera fait emploi du prix desdits offices porté par le contrat de vente ». La raison en est que, dans les offices, il n'y a et ne peut y avoir de substitué que la finance.

Doit-on ranger dans la même catégorie, les esclaves des îles de l'Amérique, et, en conséquence, est-il permis à leur maître de les affranchir, lorsqu'il est grevé de Substitution ?

Au premier abord, les lois romaines ne paraissent guère s'accorder sur ce point.

D'un côté, il y en a deux qui portent que l'esclave *légué* sous condition, ne peut pas être affranchi : ce sont la loi 11, D. *de manumissionibus*, et la loi 29, §. 1, D. *qui et à quibus manumissi*. On en trouve une dans le Code, qui paraît plus expresse ; c'est la loi 3, §. 2, *communia de legatis* : elle défend d'affranchir l'esclave *légué purement ou fidéicommissé*.

D'un autre côté, la loi 25, §. 2, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, décide qu'un grevé de Substitution peut donner, même par testament, la liberté à un esclave, et qu'il n'en est dû alors que le prix au substitué : *Si quis filium..... ex asse heredem instituit, et codicillis quos post mortem filii aperiri jussit, fidei ejus commisit ut, si sine liberis decesserit, hereditatem suam sorori suæ restitueret : et filius, cùm sciret quod in codicillis scriptum esset, stichum servum hereditarium testamento suo liberum esse jussit : heredes filii pretium ejus servi sorori defuncti præstare debent, libertate favori sui servatâ. Hoc ampliùs et si ignorasset filius codicillos à patre factos, nihilominùs heredes ejus pretium præstare debebunt ; ne factum cujusquàm alteri damnum afferat.* La glose, sur cette loi, dit : *Libertas servo fideicommisso data valet.*

La loi 70, §. 1, du même titre, paraît également insinuer que l'affranchissement d'un esclave fidéicommissé est valable : *Si heres antequàm fideicommissam hereditatem restitueret, alienaverit quid ex hereditate, aut* servum hereditarium manumiserit, *aut ruperit quid, vel fregerit, vel usserit : non competit in eum ulla civilis actio, restitutâ posteà hereditate ex Trebelliano senatus-consulto ; sed ex fideicommissi causâ erit hoc quod deperierit persequendum.*

Ce parti est, en effet, le plus conforme à l'humanité : le sort d'un esclave serait bien dur, s'il ne pouvait pas être affranchi pendant la condition d'un fidéicommis : souvent, il serait privé toute sa vie, de l'espoir d'obtenir sa liberté et même, quelquefois, il ne transmettrait à ses enfans que la perspective d'une servitude aussi indissoluble pour eux que pour lui.

Du reste, on ne peut pas appliquer ici les deux lois qui interdisent l'affranchissement d'un esclave légué sous condition. Ces lois sont relatives à l'ancien état du droit, où les legs étaient de rigueur. On ne pouvait pas affranchir l'esclave *légué*, et l'on pouvait affranchir l'esclave *substitué*, parceque les fidéicommis s'interprétaient favorablement. C'est la raison qu'en donne Godefroy, dans sa note sur la loi 11, D. *de manumissionibus*. Voici ses termes : *Libertas servo legato data non valet..... quæ tamen valet data servo fideicommisso ;* l. 25, §. *pen.* et l. 70, 1, D. ad senatus-consultum Trebellianum. *Cur tam variè ? Legatum magis heredem adstringit quàm fideicommissum : maximè ubi concurrit libertatis favor.* On sait, d'ailleurs, que les lois de rigueur dans les legs furent abolies par Justinien, lorsqu'il égala les legs aux fidéicommis. *V.* l'article *Legs*, sect. 1,

A l'égard de la loi 3, §. 2, C. *communia de legatis*, elle ne paraît disposer, comme elle le fait, que pour le cas où il s'agit, soit d'un legs, soit d'un fidéicommis *pur ;* et elle ne dit rien du fidéicommis conditionnel : *Nemo.... heres ea quæ per legatum..... purè relicta sunt.... vel quæ restitui aliis disposita sunt... putet in posterum alienanda vel mancipia manumittenda.*

Au surplus, la liberté est assez favorable pour que, même en supposant cette loi contraire à celles du Digeste, on doive préférer à l'opinion qui exclud le pouvoir d'affranchir, le sentiment des jurisconsultes qui accordent ce pouvoir au grevé de Substitution.

Et c'est ce qu'a fait l'arrêt du conseil de 1773, dont nous avons rapporté l'espèce à l'article *Enfant*, §. 2.

Dans cette espèce, un des grands moyens dont on se servait contre les enfans nés du mariage du sieur Guerre et de la négresse Nanon, consistait à dire que les nègres attachés à une habitation, en sont inséparables.

« Ils y demeurent attachés (continuait-on), de même que les bestiaux le sont à la terre à la culture de laquelle ils sont destinés. Avoir grevé l'habitation de Substitution, à défaut d'enfans légitimes capables de lui succéder, c'est en avoir aussi grevé les nègres qui en sont dépendans. L'affranchissement est, sans contredit, une véritable aliénation.

» Le sieur Lafargue, en substituant les nègres attachés à son habitation, au nombre desquels étaient la négresse favorite du sieur Guerre et ses enfans, ne les ayant pas affranchis, quoiqu'il en ait affranchi d'autres, a évidemment défendu de les aliéner, et, par conséquent, de les affranchir. La défense de l'affranchissement de la mère entraîne celle de l'affranchissement, même par mariage, des enfans. La mère, d'ailleurs, ne pouvant être affranchie, est restée esclave, quoique mariée à une personne libre; et non-seulement ses enfans, nés d'un esclave, ont, par une suite nécessaire, été esclaves eux-mêmes, mais ils ont, de même qu'elle, appartenu à la Substitution, par droit d'accession.

» C'est aussi la décision d'une foule de textes, singulièrement du §. 37 des Institutes, titre *de rerum divisione et acquirendo earum dominio : partus ancillæ in fructu non est; itaque ad dominum proprietatis pertinet.*

» Esclaves et appartenant à la Substitution, bien loin de la pouvoir faire cesser, ils n'ont pu que l'augmenter, et de leur personne et de tout ce qu'ils auraient d'ailleurs acquis. Tout ce que l'esclave acquiert, c'est pour son maître qu'il l'acquiert. Tout ce qui a pu appartenir aux enfans du sieur Guerre a, dans la rigueur de la loi, passé à la Substitution dont ils sont grevés, et à ceux qui ont droit de la recueillir.

» La confirmation que la négresse a obtenue de son affranchissement, ne le rend pas plus valable. L'ordonnance du 24 décembre 1713, en défendant de donner la liberté aux esclaves sans la permission du gouverneur général et de l'intendant, veut que le gouverneur général même et l'intendant ne la confirment qu'en connaissance de cause, *lorsque*, porte l'ordonnance, *les motifs qui leur seront exposés par les maîtres qui voudront affranchir leurs esclaves, leur paraîtront légitimes.*

» Si le détail des circonstances avait été connu du gouverneur et de l'intendant, l'affranchissement fait par le sieur Guerre, sans être propriétaire, pour se mésallier et épouser ensuite l'esclave affranchie sur un faux exposé, et tenter de faire passer à des mulâtres, incapables de recevoir des donations par actes entre-vifs ou à cause de mort, des biens substitués, n'aurait pas été confirmé, contre les lois les plus formelles qui en prononcent la nullité, et par le défaut de pouvoir de la part de celui qui l'a fait, et par l'injustice de son motif et de son objet, et par les suites et le danger d'un tel acte, qui tend à autoriser le mauvais commerce des blancs avec des négresses et à en approuver les mariages, qui sont regardés comme honteux. Il n'a été approuvé que par surprise; la confirmation est, par conséquent, nulle...

» Il est vrai que l'art. 29 de l'édit de 1685 autorise le mariage du maître avec son esclave, et déclare que les enfans provenus de son concubinage, sont légitimés par le mariage du père et de la mère. Mais cet article n'a pour objet que le mariage des maîtres avec leur esclave. Il en est tout autrement de celui qui a été contracté avec l'esclave d'autrui. Il faut être maître d'un esclave, pour pouvoir l'affranchir par mariage ou autrement. Une esclave mariée avec un homme libre, qui n'est pas son maître, reste esclave, personne ne pouvant affranchir l'esclave d'autrui; et la mère étant esclave, les enfans sont de la même condition, quoique le père soit libre. L'édit ne décide rien pour le mariage contracté avec l'esclave d'autrui; ces mariages n'ont l'effet, ni d'affranchir, ni de rendre légitimes les enfans qui en sont nés, bien moins encore de légitimer ceux qui étaient nés auparavant du concubinage qui l'a précédé. Le sieur Guerre n'était pas le maître, c'est-à-dire, le propriétaire libre de la négresse Nanon; il n'en avait que la propriété grevée, et il n'avait pas le droit, par conséquent, de l'affranchir, ni de l'épouser ».

Tels étaient les principaux argumens qu'on opposait aux enfans. La réponse de ceux-ci était très-simple.

« Sans doute (disaient-ils) celui qui épouse l'esclave d'autrui, ne lui donne pas la liberté

par ce mariage, attendu que personne ne peut disposer du bien d'autrui. Est-il même permis d'épouser une esclave, sans le consentement de son maître? C'est lui imposer la servitude maritale, qui ne se concilie guère avec l'esclavage. Aussi ces mariages étaient-ils prohibés à Rome. Celui qui voulait épouser une esclave, était obligé de l'affranchir avant le mariage, si elle était à lui, ou de l'acheter et de l'affranchir, si elle était à un autre.

» Mais le sieur Guerre regardait Nanon comme lui appartenant; il l'a affranchie, et l'a épousée : il y était même autorisé par l'art. 6 de l'édit de mars 1724, qui permet aux maîtres d'épouser leur négresse, lesquelles sont affranchies par le seul fait de ce mariage. Sous ce point de vue, tout est dans la règle. Reste à savoir s'il était dans l'erreur, en se croyant propriétaire de cette négresse. Il était propriétaire du legs qu'il avait reçu de son oncle. Ce legs était, à la vérité, grevé de Substitution; mais l'effet de cette Substitution dépendait d'un événement qui est arrivé : il est survenu au grevé des enfans légitimes, et leur naissance a éteint le fidéicommis, a rendu la propriété du grevé incommutable, et a ratifié, par conséquent, toutes les dispositions qu'il avait pu faire, avant qu'il eût des enfans légitimes.

» C'est donc le cas d'appliquer la disposition de l'art. 29 de l'édit de 1685. L'esclave lui appartenait quand il l'a affranchie; sa propriété est devenue incommutable, par son mariage avec elle, qui lui a donné des enfans légitimes qui lui ont survécu. Et cette propriété, qui ne peut faire la matière d'un doute, rend inutile la distinction entre le mariage avec l'esclave d'autrui, ou sa propre esclave; distinction, d'ailleurs, que les termes de la loi n'autorisent pas ».

Sur ces raisons, le conseil du roi a jugé, en cassant l'arrêt du conseil supérieur de Saint-Domingue rendu contre les enfans du sieur Guerre, que la négresse Nanon avait été valablement affranchie, et qu'en conséquence son mariage avait légitimé ses enfans.

II. Les choses susceptibles d'aliénation par leur *état*, sont les immeubles réels qui sont sujets à dépérir, c'est-à-dire, les maisons caduques, et à la réparation ou reconstruction desquelles les revenus des biens substitués ne peuvent pas fournir. Lorsqu'il se trouve de pareils biens dans une Substitution, le grevé peut se faire autoriser par le juge à les vendre, moyennant remploi du prix qui en proviendra, soit en rentes constituées, soit en autres immeubles.

C'est ainsi que, par arrêt du parlement de Flandre, du 10 août 1782, rendu sur l'avis des juges municipaux de Valenciennes, ouï les plus proches parens et intéressés, les sieurs de Château-Giron, pour qui j'écrivais, ont été autorisés à vendre une maison située à Valenciennes, qui était substituée dans leurs mains au profit de leurs enfans ou cousins germains; et cela, porte l'arrêt, « par enchères » en la forme et manière accoutumée, pour » le prix en procédant être employé en biens » fonds ou rentes hypothéquées dans le ressort de la cour, régis par la coutume du » chef-lieu de Valenciennes, pour lesdits biens » ou rentes tenir même nature de fidéicommis, à charge par les supplians de faire » conster à la cour dudit emploi dans le terme » de six mois ».

[[*V.* l'article *Majorat*, §. 6.]]

ART. II. *Des aliénations faites pour l'acquittement des dettes auxquelles les biens sont sujets.*

Les seules notions du bon sens prouvent assez qu'il ne peut pas dépendre d'un débiteur, en substituant ses biens, d'empêcher le paiement des dettes passives qu'il laisse après lui; et par conséquent qu'il doit être libre au grevé de vendre tout ce qu'il faut pour effectuer ce paiement. Quand la loi 78, §. 4. *de legatis* 2°, ne le dirait pas, on sentirait naturellement que cela devrait être ainsi. C'est d'ailleurs ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse, du mois de décembre 1663, rapporté par Catellan, liv. 7, chap. 4.

Mais, pour qu'une pareille aliénation soit valable, il faut qu'il n'y ait pas dans l'hérédité du substituant, de biens libres avec lesquels on puisse acquitter les dettes : *si non erat aliud in hereditate, undè debitum exsolvisset*, dit la loi 38, D. *de legatis* 1°. Et c'est pourquoi il est prudent de n'aliéner qu'après avoir obtenu l'autorisation du juge, sur un exposé fidèle des faits. L'usage est même de demander cette autorisation contradictoirement avec les substitués qui existent, ou le tuteur à la Substitution.

Il faut aussi que le bien substitué soit vendu sa vraie valeur : *si fundum per fideicommissum relictum....., excusso pretio, secundùm reditum ejus fundi, mercatus sit propter æs alienum hereditarium.....* Ce sont les termes de la loi 92, D. *de legatis* 1°. Et pour cela, il convient que le grevé fasse procéder contradictoirement avec ceux dont on vient de parler, à une estimation des biens qu'il veut vendre.

Il y a dans le recueil d'Augeard, un arrêt du parlement de Paris, du 11 mars 1702, qui déclare nulle une vente causée pour dettes, dans laquelle on n'avait pas pris toutes ces précautions.

« Le sieur de Montferrand (dit cet arrêtiste) ayant, par son testament, substitué plusieurs terres dans la maison de Vaillac, Jean François de Gourdon, marquis de Vaillac, donna au père de Marie de Cental, femme d'Arnaud de Fumelle de Montaigu, la métairie de Campagnac, qui faisait partie des biens substitués, en paiement de ce qui lui était dû par le sieur de Montferrand.

» Dans la suite, toutes ces terres ayant été saisies réellement sur le marquis de Vaillac, le sieur et la dame de Montaigu demandèrent la distraction de la métairie de Campagnac qui avait été comprise dans la saisie réelle, prétendant qu'elle leur appartenait, au moyen de l'acquisition que le père de la dame de Montaigu en avait faite.

» Le duc de Roquelaure, poursuivant les criées des biens saisis, s'y opposa, et dit que le marquis de Vaillac n'avait pas pu vendre cette métairie, parceque la Substitution ne finissait pas en sa personne, mais allait jusqu'à Arnaud, comte de Vaillac, son fils; que le principal de la dette acquittée n'allait pas à la moitié de la valeur de la métairie vendue, et que le surplus du prix n'avait été employé qu'à payer des intérêts et des frais non demandés et non liquidés et adjugés du vivant du sieur de Montferrand, mais seulement reconnus par des actes faits plusieurs années après son décès.

» Le duc de Roquelaure ajoutait à cela qu'il était créancier du sieur de Montferrand, antérieur au père de la dame de Montaigu.

» Par l'arrêt cité, les sieur et dame de Montaigu furent déboutés de leur demande, sauf à eux à se pourvoir en l'ordre pour leurs créances et dommages et intérêts résultans de la résolution de leur contrat de vente ».

Il en a été jugé autrement par l'arrêt rendu dans la grande affaire de Richelieu, pour les maisons du Palais-Royal, le 28 août 1755.

Par cet arrêt, le parlement de Paris a confirmé l'aliénation que le duc de Richelieu avait faite en 1665, pour liquider la Substitution dont il avait été chargé par le cardinal, quoiqu'il n'eût observé aucune des formalités ordinaires en pareille circonstance.

Mais, 1° la prétention formée d'après le défaut de ces formalités, pouvait bouleverser l'état de deux cents familles : effrayante, par ses suites, est-il étonnant que des magistrats, guidés par des vues supérieures, ne l'aient pas accueillie?

2° Tout ce qu'on peut inférer de cet arrêt c'est que les formalités requises par la vente des biens des mineurs, ne sont pas rigoureusement nécessaires dans la vente qu'on fait d'un bien substitué pour payer les dettes de l'auteur de la Substitution; et en effet, il n'y a aucun réglement qui en ait étendu la nécessité à ce cas.

Mais on ne peut pas en conclure que l'acquéreur d'un bien semblable soit toujours en sûreté, par cela seul que le substituant a laissé des dettes. Si l'on prouve, soit que ces dettes pouvaient être payées au moyen du mobilier ou des biens libres, soit que la vente aurait pu tomber sur des héritages dont la possession est moins avantageuse, soit enfin que le prix de l'aliénation a excédé le montant des dettes, et qu'il n'en a pas été fait un emploi utile, point de doute que l'acquéreur ne puisse être évincé, et qu'il ne soit réduit à exercer son recours contre le grevé ou ses héritiers.

La prudence exige donc, dans ces sortes de cas, de ne rien faire sans consulter les substitués et le tuteur à la Substitution, et sans prendre l'attache de la justice. C'est ainsi qu'on le pratique constamment au châtelet de Paris.

On va plus loin dans le ressort du parlement de Flandre. Il y est d'usage de ne vendre un bien substitué, même pour liquider la Substitution, qu'après en avoir obtenu l'autorisation de cette cour; et cette autorisation ne s'accorde jamais que sur l'avis des juges du lieu de l'ouverture de la succession, avis que ceux-ci ne donnent qu'après avoir ouï toutes les parties intéressées.

ART. III *Des aliénations faites du consentement des appelés.*

Lorsque tous les appelés consentent à l'aliénation des biens substitués, on n'examine pas si elle est nécessitée par des dettes à payer, de grosses réparations à faire, ou toute autre cause. Dès que les appelés sont majeurs et maîtres de leurs droits, l'aliénation est indistinctement et incommutablement valable. C'est ce que portent la loi 120, §. 1, D. *de legatis* 1°, et la loi 11, C. *de fideicommissis.*

Ces deux textes exigent le consentement de *tous* les appelés; et en effet, l'aliénation ne peut être inattaquable qu'autant qu'elle a été agréée par *tous ceux qui pourraient* aspirer au fidéicommis, en quelque temps et en quelque degré que ce soit. Mais le consen-

tement d'un seul des substitués suffirait toujours pour valider l'aliénation à son égard.

Suivant la loi 34, §. 2, D. *de legatis* 2°, il faut que ce consentement soit clair et évident. Ainsi, ajoute-t-elle, il ne suffirait pas, par exemple, que le substitué eût assisté au contrat en qualité de témoin seulement.

Conformément à cette décision, dit d'Olive, liv. 5, chap. 26, « il fut jugé, le 17 juillet » 1613, à la chambre de l'édit établie à Castres, » qu'une vente faite par l'héritier de biens » sujets à la Substitution, en présence du » fidéicommissaire, ne l'excluait pas de la » Substitution et de la faculté de révoquer » cette aliénation, le cas du fidéicommis » advenu, parceque la renonciation n'était » pas expresse, et que le testament n'avait » pas été vu, suivant ce qui est requis par la » loi *de iis controversis*, D. *de transactionibus*, pour rendre telles renonciations et » transactions efficaces ».

Le même auteur dit, au commencement du chapitre cité, que, par arrêt du parlement de Toulouse, du 6 avril 1628, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Carcassonne, il a été jugé « que la réception du prix » de la vente des biens substitués, faite par » le fidéicommissaire, comme procureur de » l'héritier, ne lui peut nuire, le cas du » fidéicommis échu ».

Mais, suivant la loi 92, D. *de legatis* 1°, la présence du substitué au contrat et la signature qu'il y apposerait, non comme simple témoin, mais appelé éventuellement au bien vendu, le rendraient non-recevable à inquiéter l'acquéreur.

Pourrait-il, du moins, à l'ouverture du fidéicommis, répéter le prix à la charge du grevé? Il le pourrait, repond le texte cité: *Placuit non fundum, sed pretium ejus restitui debere.*

Cette décision n'est cependant pas sans difficulté. La loi 88, §. 14, D. *de legatis* 2°, la contrarie formellement: *Respondi ob pretium nullam fideicommissi persecutionem esse;* à moins, dit-elle, qu'il ne paraisse que les substitués ont entendu se réserver la répétition du prix, *nisi ea mente venditioni consenserint.*

Dira-t-on, pour concilier ces deux lois, que, dans l'espèce de la première, le consentement n'avait été donné que sous la réserve de la répétition du prix?

Cujas semble l'avoir ainsi entendue: mais interpréter de la sorte, c'est deviner; il vaut mieux convenir de bonne foi que les deux textes se contredisent, et voir lequel des deux doit être préféré à l'autre.

Là-dessus, écoutons Thevenot d'Essaule:

« Je crois qu'on doit, sans balancer, préférer la loi qui accorde au substitué la répétition du prix. Car enfin, consentir à la vente, n'est pas renoncer au fidéicommis absolument et en tout temps; c'est simplement consentir que la vente ait son effet, ce qui n'emporte que la renonciation à la faculté d'enlever la chose à l'acheteur, *habere licere*; c'est bien abdiquer indistinctement la chose, mais ce n'est pas en abdiquer le prix, pour que le grevé puisse le conserver à perpétuité. Il est plus équitable de dire avec la première loi: *placuit non fundum, sed pretium ejus restitui debere;* et c'est se conformer à celle qui porte: *nisi evidenter apparuerit omittendi fideicommissi causâ fecisse.*

» Pourquoi le grevé profiterait-il irrévocablement du prix, quand il n'est pas évident que telle a été l'intention du substitué, en consentant à la vente »?

V. l'article *Renonciation*, §. 3.

ART. IV. *Des aliénations que le grevé fait pour le temps de sa propriété et jouissance.*

Que le grevé d'un fidéicommis conditionnel puisse aliéner pendant la condition, de manière que son aliénation vaille si la condition arrive; c'est une vérité que nous avons déjà démontrée, en établissant qu'avant l'ouverture il est propriétaire, et qui, d'ailleurs, est écrite dans la loi 12, §. 3, D. *familiæ erciscundæ*; dans la loi 69, §. 1, D. *de legatis* 1°; dans la loi 3, §. 3, C. *communia de legatis.*

Il ne faut pas même distinguer, à cet égard, l'aliénation à titre gratuit, de celle qui est à titre onéreux. La loi 81, D. *de legatis* 1°, porte que la première est valable jusqu'à l'échéance de la condition, et que le légataire ou donataire ne peut être évincé qu'autant que le fidéicommis vient à s'ouvrir.

De là il suit que, dans nos Substitutions ordinaires, le grevé peut aliéner pour le temps de sa vie. Aussi l'ordonnance de 1747 déclare-t-elle, tit. 1, art. 43, que le substitué ne pourra évincer les acquéreurs qu'*après le temps où le fidéicommis aurait dû lui être restitué*, encore que le grevé lui en eût fait une restitution anticipée.

ART. V. *Des aliénations et des hypothèques pour dot et autres droits nuptiaux.*

I. Deux questions principales se présentent ici:

1° La fille grevée de fidéicommis par son père, peut-elle distraire des biens fidéicommissés, de quoi se constituer une dot?

2° La femme qui a apporté une dot à un mari grevé de fidéicommis, peut-elle la répéter sur les biens grevés de ce lien, lorsque le mari n'en a point de libres?

Sur la première question, l'affirmative n'était pas douteuse dans le droit romain.

La loi 22, §. 4, D. *ad Trebellianum*, porte que la fille instituée héritière par son père, avec charge de fidéicommis en cas qu'elle décède sans enfans, peut se doter sur les biens substitués, et disposer de la dot en faveur de son mari, comme si elle n'eût été chargée que de rendre le surplus; ce qui est fondé, dit la loi, sur un motif d'honnêteté publique, et sur le vœu présumé du père, *quod et mulieris pudicitiæ et patris voto congruit*.

Le chap. 1er de la novelle 39 va plus loin: en renouvelant la loi qu'on vient de rappeler, il l'étend à l'augment que le mari constitue à sa femme, et décide qu'il peut, à défaut de biens libres, l'assigner sur ses biens substitués.

Ces dispositions sont-elles encore suivies dans notre usage?

Thevenot d'Essaule, chap. 51, §. 1 et 2, distingue celle de la loi 22, §. 4, D. *ad Trebellianum*, d'avec celle du chap. 1er de la novelle 39.

La première, suivant lui, « fut changée » par une constitution de Justinien, qui déclara nulle et révocable toute aliénation » des biens substitués, indéfiniment et sans » exception », c'est-à-dire, comme il l'explique lui-même, par la loi 3, C. *communia de legatis*.

Le même auteur ajoute, §. 2, que, « dans » nos mœurs, rien n'est plus inconnu qu'une » donation sur les biens substitués avec un » pareil effet. La fille (ce sont encore ses termes) peut bien se doter sur ses biens substitués, c'est-à-dire, les apporter en dot à » son mari, pour aider aux charges du mariage; mais la charge du fidéicommis ne » subsiste pas moins ».

Thevenot dit encore qu'en établissant cette double règle, il ne fait que se conformer au chap. 1er de la novelle 39; ce qui signifie en d'autres termes, que le chap. 1 de la novelle 39 n'a pas le sens dans lequel nous venons de le citer.

Mais 1° la loi 3, C. *communia de legatis*, n'est ni plus générale, ni plus formelle sur la défense d'aliéner les biens substitués, qu'une foule de lois du même genre qui sont répandues dans le Digeste. Son seul objet est d'étendre la nullité qui résulte de cette défense, jusqu'aux acquéreurs de bonne foi, que l'ancienne jurisprudence traitait plus favorablement. On ne peut donc pas dire qu'elle déroge au droit que le Digeste assure à la fille grevée d'une Substitution universelle, de prendre sur les biens fidéicommissés une dot qui soit à son entière disposition.

2° Le chap. 1er de la novelle 39, bien postérieure à cette loi, porte expressément, non que la femme du grevé a une hypothèque subsidiaire sur les biens fidéicommissés dans la personne de son mari, mais que la Substitution dont une femme est grevée, n'est pas un obstacle à l'apport d'une dot: *Si mulier restitutione gravetur, non impedimentum ad dotis oblationem fieri*.

Comment donc Thevenot peut-il dire que cette novelle confirme la prétendue dérogation dont il parle, en ce qu'elle porte: *de cætero.... sancimus.... sitque hoc nuptialibus donationibus privilegium?* Pour peu qu'on y réfléchisse, on sentira facilement que de ces termes, les premiers, *de cætero sancimus*, sont ici très-indifférens, et que les autres, *sitque hoc nuptialibus donationibus privilegium*, disent positivement tout le contraire de ce qu'en infère Thevenot.

Nous disons d'abord que les termes *de cætero sancimus*, sont ici indifférens. Et en effet, de ce que l'empereur, dans une loi où il avait à parler, non-seulement de la dot, mais encore de la *donation à cause de nôces*, et où il se proposait de traiter de l'une et de l'autre, sous des rapports plus étendus que ne le faisait l'ancien droit, aura débuté par l'expression *de cætero*, DU RESTE OU A L'AVENIR, conclure qu'il a voulu déroger à la loi 22, §. 4, D. *ad Trebellianum*, c'est, nous l'avouons, une conséquence qui n'a, dans notre manière de voir, aucune liaison avec le principe dont on la fait dériver.

Nous disons, en second lieu, que les termes *sitque hoc nuptialibus donationibus privilegium* établissent tout le contraire de ce que dit Thevenot; et cela n'est pas difficile à sentir. Sans doute, si le législateur n'avait parlé dans sa loi que d'une espèce de *donation nuptiale*, on pourrait, on devrait même en inférer que le privilége, restreint par les termes dont il s'agit, à cette donation en particulier, ne doit pas être étendu à la dot. Mais la novelle parle tout à la fois et de l'augment et de la dot; elle permet d'abord au mari qui n'a point d'autres biens, de constituer à sa femme un augment sur les biens qui sont substitués dans sa personne: elle ajoute ensuite que la femme peut en faire autant pour la dot qu'elle doit apporter à son mari; et c'est après cela qu'elle dit: *sitque hoc nup-*

tialibus donationibus privilegium. Comment ne pas convenir que ces termes se réfèrent aussi bien à la dot qu'à l'augment, et que le privilége qu'ils établissent, est commun à l'une et à l'autre?

Aussi Tulden, sur le Code, liv. 6, tit. 43, dit-il, d'après la novelle 39, chap. 1, et l'authentique *res quæ*, qui en est extraite : *quæ rectè fiet alienatio ab uno ex liberis testatoris in causam dotis constituendæ vel donationis propter nuptias, cui scilicet pro dignitate nuptiarum non sufficiebat legitima; namque hactenùs ex bonis fideicommisso obnoxiis diminuere licebit : idque non tam ex præsumptâ testatoris voluntate, quàm ex ipsâ auctoritate juris, nuptias tali favore promoventis, constringentisque patrem ad competentem dotationem liberorum non minùs in testamento quàm inter vivos.*

Sur la seconde question, il n'existe ni dans le Digeste, ni dans le Code, aucune disposition qui puisse la faire résoudre en faveur de la femme; mais ce que n'avaient fait ni les lois du Digeste ni les lois du Code, Justinien ne l'a-t-il pas fait par le chap. 1er de la novelle 39?

[[Je crois avoir prouvé clairement que non, dans des conclusions du 16 fructidor an 12, rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 8.]]

En effet, les jurisconsultes les plus éclairés s'accordent à dire que le chap. 1er de la novelle 39 n'autorise pas la femme du grevé à exercer sur les biens fidéicommissés dans la personne de celui-ci, une hypothèque subsidiaire, soit pour sa dot, soit pour son augment.

Cependant l'opinion contraire avait prévalu dans la jurisprudence française avant l'ordonnance de 1747; mais comment cette jurisprudence s'était-elle établie? Par pure routine et non autrement. Ricard, qui en atteste l'existence constante, dans son *Traité des Substitutions*, part. 2, nº 105, convient lui-même que jamais on n'a *jugé*, et que toujours on a *présuppposé* que tels étaient le sens et l'objet de la novelle 39.

[[Il est même à remarquer que la jurisprudence italienne était, là-dessus, conforme à la jurisprudence française; et c'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante :

Le 7 mai 1609, testament par lequel Nevius Canali, dit l'*ancien*, institue pour ses héritiers universels, ses cinq fils, Alexandre, Thadée, François, Adrien et Louis Canali. Il les substitue les uns aux autres, et les charge d'un fidéicommis perpétuel, qu'il établit en faveur de ses descendans mâles, à l'exclusion des filles, voulant que, si l'un de ses descendans meurt sans enfans mâles, la portion qu'il aura prise dans les biens du fidéicommis, retourne aux autres descendans survivans. Enfin, il prohibe l'aliénation de ces mêmes biens, *etiam in minimâ quâvis parte; et prohibuit..... et quamcumque aliam cujuscumque generis obligationem etiam in causâ et pro causâ et occasione dotium constituendarum vel recipiendarum, et qualemcunque aliam, obligationis largissimè sumpto vocabulo, obligationem.... Omnemque alium actum et præambulum, omnemque rem, per quem ad aliquos, ex præmissis contractibus vel distractibus, pervenire posset directè, vel indirectè, vel aliter, bona sua extrà familiam et descendentes ipsius testatoris ut suprà exire, vel etiam in aliquem, seu aliquos ex ipsâ familiâ pervenire possint, nec ad minimum tempus extrà suprascriptum titulum institutionum et substitutionum; quæ omnia bona perpetuò, perpetuisque futuris temporibus in infinitum strictissimo fideicommisso, supposuit, et submissa et supposita etiam voluit et mandavit..... Omnemque et quamcumque distractionem ex causâ legitimæ juris naturæ debitæ, Trebellianicæ et Falcidiæ, ac alterius cujuscumque causæ, quia voluit totam in integram ejus hereditatem et bona perpetuò et in infinitum conservari..... Distractionemet consumptionem cujuslibet aliarum quarumcumque pecuniarum..... Volens etiam dictus testator dotes quæ venic. consignandæ suis filiabus, neptibus et aliis fœminis, quæ dotandæ essent ex bonis, quæ suæ hæreditatis, erogari et extrahi devere ex fructibus dictæ hæreditatis, semper intacto remanente capitali.*

Après une révolution de plus d'un siècle, Nevius Adrien Canali, le jeune, se trouvant le seul descendant mâle de Nevius Canali, l'ancien, réunit entre ses mains la totalité du fidéicommis.

En 1713, il épouse Thérèse-Louise Specchio Yvera, fille de Barthelemy Specchio Yvera; par le contrat de mariage, une dot est constituée en argent et en bijoux à la future épouse, par son père, et par la marquise de Tricosto.

Nevius Canali, le jeune, meurt en 1763, laissant, de son mariage avec Thérèse-Louise Specchio Yvera, deux enfans mâles, Alexandre et Joseph Canali.

Le 18 novembre 1784, Joseph Canali épouse Marie Sezze-Jucci; et il meurt en 1787, après avoir institué sa femme héritière universelle.

Marie Sezze-Jucci épouse, en secondes nôces, Gaëtan Raoni; et, comme héritière de son mari, qui était lui-même héritier, pour moitié, de Thérèse-Louise Specchio Yvera, sa mère, elle réclame la restitution de la dot de celle-ci, contre François Canali, fils et héritier d'Alexandre Canali; et, en cette qualité, possesseur des biens fidéicommissés par le testament de 1609.

Le 14 décembre 1810, arrêt de la cour d'appel de Rome qui lui adjuge sa demande, « attendu qu'en vertu de l'authentique très-connue *res quæ*, C. *communia de legatis et fideicommissis*, il appartenait à la dame Thérèse Specchio Yvera, après la mort de son mari Nevius Adrien Canali, le droit de retirer sa dot des biens assujétis au fidéicommis institué en ligne ascendante par Nevius le vieux, vu le défaut de biens libres; que ce droit, après la mort de la dame Thérèse, était passé, par portions égales, à ses deux enfans, Alexandre et Joseph Canali; qu'enfin, le droit sur la moitié de la dot maternelle, qui appartenait à Joseph, était passé, après sa mort, à la dame Marie Sozze, sa femme, maintenant mariée avec Gaëtan Raoni, laquelle, dans le testament de Joseph, fut nommément instituée héritière de la moitié de la dot maternelle qui lui appartenait »

François Ca[illegible] se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et pour prouver que, ni l'authentique *res quæ*, ni la novelle 39 dont elle est extraite, n'accordent à la femme, pour le recouvrement de sa dot, un recours subsidiaire sur les biens qui étaient fidéicommissés dans la personne de son mari, elle emploie toutes le[illegible]aisons et toutes les autorités qui sont [illegible]pées dans mon *Recueil de Questions* [illegible]*roit*, à l'endroit ci-dessus indiqué.

M[illegible] du 3 septembre 1812, au rapp[illegible]ger de Verdigny,

« At[illegible]ue la cour d'appel de Rome, en appliquant à l'espèce qui lui était soumise, l'authentique *res quæ* et la novelle 39, a consacré l'opinion émise par les jurisconsultes les plus graves, qui ont commenté ces lois et en ont déterminé le véritable sens;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

II. Quant à l'ordonnance de 1747, pour se convaincre qu'en se pliant à la *présupposition* dont on vient de parler d'après Ricard, elle a laissé subsister le droit que les lois romaines accordaient à la femme grevée de fidéicommis, de se doter elle-même sur les biens substitués, et au mari enchaîné des mêmes liens, d'assigner un augment de dot à son épouse, sur les biens de la même nature, il suffit de peser avec attention les termes de l'art. 44 du tit. 1 de cette loi; les voici : « L'hypothèque, ou le recours subsidiaire » accordé aux femmes, sur les biens substitués, en cas d'insuffisance des biens libres, » aura lieu, tant pour le fonds ou capital de » la dot, que pour les fruits ou intérêts qui » en seront dus ».

Cet article, dit Furgole, « suppose ce qui » a été ordonné par le droit romain au sujet » des *constitutions ou répétitions* des dots de » filles ou femmes des grevés, à prendre sur » les biens substitués; et il décide que l'hypothèque ou le recours subsidiaire aura lieu, » non-seulement pour le fonds ou capital de » la dot, mais encore pour les fruits ou intérêts qui en seront dus. C'est même cela » seul qu'il décide, en supposant tout le » reste, qui dérive de la disposition du droit » romain ».

Par cette observation générale, Furgole fait assez sentir que notre usage n'a nullement dérogé à la loi 22, §. 4, D. *ad Trebellianum;* et c'est ce qu'il établit plus particulièrement en reprenant, l'une après l'autre, toutes les expressions de l'ordonnance. Voici comment il s'explique.

« *L'hypothèque* : ce mot suppose que la constitution de dot à prendre sur les biens substitués, est faite en deniers, soit par le grevé à ses filles; soit aux femmes des héritiers grevés.

» *Ou le recours subsidiaire* : ces paroles peuvent comprendre les dots constituées en fonds dépendans de la Substitution, soit par la fille grevée de rendre, soit par le grevé qui constitue à ses filles des fonds substitués; car le recours subsidiaire ne peut pas avoir lieu pour une dot constituée en fonds à la femme du grevé, lorsque le mari en a fait l'aliénation, avec ou sans le consentement de la femme (ainsi qu'on le verra ci-après).....

» *Accordé aux femmes* : ces termes sont indéfinis, et comprennent, non-seulement les femmes des héritiers grevés, pour leur accorder le recours subsidiaire en répétition des dots qu'elles auront constituées en deniers à leurs maris grevés de Substitution, mais encore les femmes héritières grevées, qui, en se mariant, auront constitué des dots, en deniers ou en fonds, à leurs maris, comme dans le cas de la loi 22, §. 4, D. *ad Trebellianum*, et les femmes auxquelles leur pères, héritiers grevés, auront fait des constitutions en deniers ou en fonds dépendans d'une Substitution; car l'article ne limite pas sa disposi-

tion aux femmes des héritiers grevés; il parle en général des femmes, sans aucune limitation ni restriction; il comprend donc toutes les femmes, soit qu'elles aient à répéter leurs dots sur les biens substitués, soit qu'elles aient à prendre leurs dots sur les mêmes biens substitués, suivant d'Olive, liv. 3, chap. 36.

» *Aura lieu tant pour le fonds ou capital de la dot :* les mots *fonds* ou *capital* indiquent que la dot peut consister en un fonds dépendant des biens substitués, ou en un capital en deniers; cela autorise les réflexions que nous avons faites ci-dessus.

» *Que pour les fruits ou intérêts qui en seront dus :* ces termes supposent pareillement que la dot à prendre sur les biens substitués peut être en fonds ou en argent, et que les fonds constitués font partie de la Substitution ».

Voilà des preuves, et des preuves bien claires, que, dans notre usage, il est encore permis à une personne grevée de Substitution, de prendre subsidiairement sur les biens substitués, de quoi se doter elle-même, si c'est une femme; ou ses filles, si c'est un père.

A la vérité, on trouve, dans le recueil du président Desjaunaux, un arrêt du parlement de Flandre, du 14 mai 1701, qui juge que le comte de Hornes et la dame d'Aremberg, son épouse, n'avaient pas pu affecter la terre d'Oonschot, qui était substituée dans leurs personnes, au paiement de la dot de 2,000 florins de rente qu'ils avaient constituée à leur fille, en la mariant au comte de la Tour.

Mais il y avait une particularité dans cette espèce. La Substitution dont le comte et la comtesse de Hornes se trouvaient grevé, était purement masculine. On pouvait croire que le substituant, en appelant les mâles seuls, n'avait pas eu l'intention de fournir des dots aux filles; d'ailleurs, Desjaunaux n'explique pas si les grevés avaient ou non des biens libres.

Disons donc que le privilége accordé par les lois romaines, aux femmes et aux pères grevés de Substitution, n'a éprouvé aucune altération dans nos usages; et qu'il va de pair avec celui de l'hypothèque subsidiaire que la jurisprudence des arrêts et l'ordonnance de 1747 ont attribué à la femme du grevé pour la dot de celle-ci.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Flandre, du 30 août 1783, au rapport de M. Hériguer.

La demoiselle Deslobes, épouse du sieur Béghin, expatrié, avait recueilli une Substitution qui avait été établie par un de ses parens collatéraux. N'ayant pas d'autres biens pour doter sa fille, qui était mineure et se trouvait la première appelée, après elle, pour succéder au fidéicommis, elle présenta requête à l'effet de se faire autoriser à prendre, sur le fonds de la Substitution, une somme suffisante pour lui constituer une dot.

Cette requête fut renvoyée aux échevins de Lille, pour entendre les parties intéressées, et dresser procès-verbal de leurs dires.

Le sieur Hochart, qui était appelé à la Substitution à défaut de la demoiselle Béghin, et qui, par conséquent, devait recueillir, en cas qu'elle mourût avant sa mère, s'opposa fortement à cette demande. Il se fondait principalement sur la circonstance que le substituant était un collatéral.

Mais ses objections ne purent tenir contre un exposé simple et précis des véritables maximes qui règlent cette matière : j'y ai ajouté, par une consultation qui m'avait été demandée sur la question considérée en général, tous les raisonnemens et toutes les autorités qui précèdent; je n'ai même fait que les copier littéralement sur l'exemplaire de l'édition in-8° qui avait été imprimée quelques mois auparavant; et par l'arrêt cité, « la cour, ayant aucunement égard à la re» quête de la demoiselle Deslobes, et sans » s'arrêter à l'opposition du sieur Hochart, » a ordonné qu'il serait distrait des biens » substitués dont il s'agissait, une somme de » 10,000 florins (12,500 livres), pour doter la » fille de la demanderesse ».

III. Voyons quelles sont, outre l'article dont on vient de voir Furgole faire l'analyse, les autres dispositions que le tit. 1. de l'ordonnance de 1747 renferme sur l'un et sur l'autre des priviléges dont il s'agit.

L'art. 54 porte que « ladite hypothèque » subsidiaire aura lieu, pareillement, en fa» veur de la femme et de ses enfans, tant » pour le fonds que pour les arrérages du » douaire, soit coutumier ou préfix, à la » charge néanmoins que, si le droit préfix » excédait le douaire coutumier, il sera ré» duit sur le pied dudit douaire coutumier, » eu égard à la quantité des biens du mari, » tant libres que substitués, sur lesquels le » douaire doit avoir lieu, suivant la disposi» tion des coutumes ».

L'art. 46 ajoute que, « dans les pays où la » stipulation de l'augment de dot est usitée, » soit sous ce nom ou sous celui d'agence» ment, de gain de survie ou de donation à » cause de noces, ladite hypothèque subsi» diaire aura lieu tant pour le principal que » pour les intérêts dudit augment; et ce » jusqu'à concurrence de la quotité qui est » réglée par les statuts, coutumes et usages

» desdits pays, sans néanmoins qu'en aucun » cas, la femme puisse exercer ladite hypo- » thèque pour une plus grande quotité que » le tiers de sa dot, encore que l'augment » fût plus considérable ».

L'art. 47 déclare « qu'en cas que les biens » substitués soient situés dans des pays régis » par des lois différentes, la femme du grevé » de Substitution exercera ses droits à l'é- » gard des biens situés dans les lieux où l'on » observe le droit coutumier, ainsi qu'il est » réglé par l'art. 45; et à l'égard des biens » situés dans les lieux où l'on suit le droit » écrit, suivant ce qui est porté par l'article » précédent ».

Suivant l'art. 48, « la femme du grevé n'a » aucun recours sur les biens substitués, » pour le préciput, la donation des bagues et » joyaux, et généralement pour toutes les » autres libéralités et stipulations non com- » prises aux articles précédens, ni pareille- » ment sur son deuil ».

Par l'art. 49, « lorsque les biens qui sont » propres à la femme, en pays coutumiers, » ou ses biens dotaux, en pays de droit écrit, » auront été aliénés de son consentement pen- » dant le mariage, elle n'aura aucun recours, » pour raison de ce, sur les biens substitués; » ce qui sera observé même dans les pays » où l'aliénation desdits biens est regardée » comme nulle et de nul effet, sauf à elle de » se pourvoir contre les détenteurs desdits » biens, suivant les dispositions des lois, cou- » tumes ou statuts qui y seront observés ».

L'art. 50 veut qu'il n'y ait, « pareillement, » aucun recours sur les biens substitués, » pour l'indemnité de la femme qui se sera » obligée volontairement, pour son mari, » pendant le mariage, quand même elle au- » rait acquitté, en tout ou en partie, les » dettes auxquelles elle se fait obligée; et ce, » sans distinction entre les pays où les obli- » gations des femmes pour leurs maris, sont » réputées nulles, et ceux où elles sont regar- » dées comme valables ».

L'art. 55 déclare « qu'en cas de contesta- » tion sur la suffisance des biens libres, les » juges pourront ordonner que, par provi- » sion, la femme sera payée des intérêts de » la dot, et des arrérages du douaire, ou in- » térêts de l'augment, agencement, gain de » survie ou donation à cause de nôces; ou y » pourvoir autrement, suivant l'exigence des » cas ».

Par l'art. 52, « toutes les dispositions des » articles précédens sur l'hypothèque subsi- » diaire des femmes, doivent avoir lieu égale- » ment dans tous les degrés de Substitution, » et en faveur de chacune des femmes que » ceux qui sont grevés de Substitution se » trouveront avoir épousées successivement; » sans néanmoins qu'aucune desdites fem- » mes puisse exercer ladite hypothèque con- » tre les enfans ou descendans d'un mariage » antérieur au sien, lorsque ce seront eux » qui recueilleront l'effet de la Substitution ».

L'art. 53 tranche une question qui, autre- fois, partageait singulièrement les opinions des jurisconsultes et les arrêts des cours sou- veraines: « Lesdites dispositions (porte-t-il) » seront pareillement observées, encore que » l'auteur de la Substitution soit un parent » collatéral ou un étranger, pourvu néan- » moins qu'elle soit faite en faveur des en- » fans du grevé, ou en faveur d'un autre, » au cas que le grevé vienne à décéder sans » enfans ».

L'art. 54 décide une autre question sur laquelle le parlement de Toulouse avait varié: « Les héritiers, successeurs ou ayant-cause, » et pareillement les créanciers de la femme, » pourront exercer, au lieu d'elle, l'hypo- » thèque subsidiaire, encore qu'elle ne l'eût » pas exercée elle-même ».

IV. On a vu au mot *Nantissement*, §. 2, que le parlement de Flandre et le conseil pro- vincial d'Artois ne reconnaissent point d'hy- pothèque tacite; et *qu'en conséquence*, ces deux tribunaux ont arrêté, en enregistrant l'ordonnance de 1747, que les dispositions de cette loi, introductives d'une hypothèque subsidiaire en faveur des femmes, seraient regardées comme non avenues.

Mais, sans avoir d'hypothèque proprement dite, les femmes ont, dans la Belgique, la même action sur les biens substitués, que dans les autres provinces du royaume.

Pollet, part. 1, §. 21, rapporte deux arrêts du parlement de Flandre, des 16 juillet 1701 et 23 mars 1709, par lesquels il a été jugé « que la Substitution ordonnée par le père » ou la mère, n'empêche pas que le douaire » convenu par le contrat de mariage, ou » celui réglé par les coutumes, ne puisse être » pris sur les biens substitués ».

Brunel, *Observations sur le Droit Coutu- mier*, chap. 6, n° 31, nous retrace deux sen- tences du conseil provincial d'Artois, des 24 octobre 1605 et 7 décembre 1709, qui jugent « que les biens substitués ne sont pas » exempts de la perception du *Douaire coutu-* » *mier*, quand ils ont été possédés par le mari » pendant le mariage, soit qu'ils lui soient » échus par succession directe ou collatérale ».

Maillart, sur la coutume d'Artois, art. 74,

n°. 179, dit « qu'un arrêt du 3 août 1722, » rendu au rapport de M. Leclerc, à la se- » conde, en infirmant une sentence du con- » seil d'Artois, du 4 juillet 1719, a assujéti » les biens patrimoniaux au douaire préfix, » jusqu'à concurrence du coutumier ».

[[V. Le Code civil déroge, sur cette matière, et aux lois romaines, et aux dispositions de l'ordonnance de 1747. « Les femmes » des grevés (porte-t-il, art. 1054) ne pour- » ront avoir, sur les biens à rendre, de re- » cours subsidiaire, en cas d'insuffisance de » biens libres, que pour le capital des de- » niers dotaux, et dans le cas seulement où » le testateur l'aurait expressément or- » donné ».

C'est relativement aux Substitutions faites par des pères, mères, frères ou sœurs, que le Code civil s'explique ainsi; et sa disposition est, par la loi du 17 mai 1826, déclarée commune à toutes les Substitutions qu'autorise cette loi.

Mais elle est étrangère aux Substitutions créées en forme de majorats. Quant à celle-ci, *V.* l'article *Majorat*, §. 6.]]

ART. VI. *Des aliénations et hypothèques pour les besoins du grevé.*

I. Maillart, qui écrivait avant l'ordonnance de 1747, dit, dans son Commentaire sur la coutume d'Artois, art. 74, n° 172, qu'il est de règle générale « que les biens » fidéicommissés peuvent, à défaut de biens » libres, être aliénés pour cause nécessaire ».

Cette assertion est justifiée par quelques arrêts également antérieurs à l'ordonnance de 1747.

Bardet, tome 1, liv. 4, chap. 43, en rapporte un du 31 juillet 1633, qui condamne l'héritier fidéicommissaire à payer le legs fait par le grevé, à celui qui l'avait gardé pendant sa dernière maladie. Il est vrai que l'arrêt renferme la clause, *sans tirer à conséquence;* mais tout ce qui paraît résulter de là, c'est que le legs eût été déclaré nul, s'il n'eût pas eu pour objet l'acquit d'une dette nécessaire.

Christin, tome 4, décis. 47, assure qu'un arrêt du grand conseil de Malines, du 6 octobre 1598, a déclaré valable l'aliénation d'un bien substitué, faite pour fournir aux alimens de l'héritier grevé.

Méan, *ad jus civile Leodiensium*, obs. 661, rapporte un jugement du conseil ordinaire de Liége, du 16 mars 1667, qui décide, en confirmant une sentence des échevins de la même ville, qu'un grevé de Substitution qui entre dans un monastère, peut, à défaut de biens libres, se réserver une pension viagère sur les biens qu'il possède à charge de fidéicommis.

II. Que faut-il décider sur tout cela depuis l'ordonnance de 1747?

Il paraît, par les dispositions que cette loi renferme sur la dot, l'augment et le douaire, qu'elle ne s'est pas éloignée du principe posé par Maillart, que *les biens fidéicommissés peuvent, à défaut de biens libres, être aliénés pour cause nécessaire.* Mais en adaptant ce principe à la dot, à l'augment et au douaire, ne l'a-t-elle point restreint à ces trois objets; et ne doit-on pas conclure de son silence sur les autres besoins essentiels du grevé, qu'elle désapprouve la liberté que les tribunaux avaient quelquefois prise d'autoriser celui-ci à aliéner ou emprunter pour les remplir?

Non : le législateur n'a point eu l'intention, en rédigeant son ordonnance, d'y comprendre tous les cas possibles. Il y a une infinité de questions sur lesquelles il n'a rien dit; et celle dont nous parlons, est du nombre.

Il ne faut pourtant pas croire que toutes les espèces de besoins du grevé puissent lui servir de prétexte pour aliéner. Maillart dit qu'on ne doit le lui permettre que quand *il n'a pas de quoi payer sa nourriture, ses vêtemens, ni ceux de sa famille, pendant le cours de la maladie dont il décède, ni sa rançon aux ennemis.* Le même auteur ajoute que *les frais funéraires sont aussi une dette nécessaire;* et venant à l'arrêt du 6 décembre 1598, dont nous parlions à l'instant, il en limite la décision aux seuls alimens fournis durant la maladie; *car quant aux autres* (dit-il), *le grevé doit mesurer sa dépense sur ses revenus; sinon, prendre de l'emploi.*

Le parlement de Flandre s'est fait, sur cette matière, une jurisprudence qui mérite d'être connue.

D'abord, il est de règle, dans tout le ressort de cette cour, qu'à elle seule appartient, privativement à tout juge inférieur, le droit d'autoriser les aliénations dont il s'agit.

Les cas où il accorde ces sortes d'autorisations, ne sont déterminés par aucun réglement précis; mais il y a un arrêté du 8 novembre 1684, par lequel « il a été résolu » indéfiniment de ne pas accorder dispense » de fidéicommis en ligne collatérale, ne » soit ès cas permis dans le droit écrit; *item*, » de ne pas aussi accorder dispense de fidéi- » commis ordonné en faveur de la ligne di- » recte, sans avoir eu au préalable l'avis du » juge des lieux où il appartiendra, ouis les » intéressés; et qu'on ne demandera avis que

» lorsque la matière se trouvera disposée à » accorder la grâce requise ».

Ainsi, les autorisations d'aliéner ou d'hypothéquer les biens frappés de fidéicommis, pour fournir aux besoins pressans du grevé, s'obtiennent plus aisément lorsque la Substitution a été faite par un ascendant, que lorsqu'elle est l'ouvrage d'un collatéral.

Nous ne connaissons pas d'exemple qu'on ait, dans ce dernier cas, permis à un grevé d'aliéner ou d'emprunter pour fournir à ses alimens pendant sa dernière maladie. Sans doute, d'après ce que dit Maillart, on ne lui refuserait pas une pareille autorisation.

Mais il est à notre connaissance, que, d'un côté, on a souvent permis à des héritiers grevés de Substitution par leurs ascendans, de vendre ou d'hypothéquer pour leur subsistance, quoiqu'ils fussent en pleine santé; et que, d'un autre côté, on a fréquemment refusé cette permission à des grevés de Substitution en ligne collatérale, qui se trouvaient dans le même cas.

Parmi les arrêts qui justifient le second membre de cette assertion, j'en ai remarqué un du 23 mars 1779, qui a été rendu sur une requête que j'avais faite pour le nommé Ballenghien, demeurant à Tournai. Ce particulier, qui était réduit à la plus étroite nécessité, demandait à faire un emprunt sur des biens que lui avait laissés son oncle, mais que celui-ci avait substitués au profit de ses enfans, et à leur défaut, de ses frères, sœurs, neveux ou nièces. Il représentait qu'étant chargé de plusieurs enfans qu'il ne pouvait nourrir sans toucher aux fonds substitués, il ne pouvait être question de lui appliquer la rigueur de la jurisprudence établie au sujet des Substitutions faites par des collatéraux, puisque ces enfans étaient eux-mêmes les premiers appelés, et par conséquent, les premiers en droit de tirer leur subsistance des biens dont il s'agissait. Il produisait même un arrêt d'autorisation qui venait d'être rendu pour un cas semblable au conseil privé de Bruxelles; mais il ne fut pas écouté. L'arrêt cité déclara *que ce qui se requérait, ne pouvait être accordé.*

J'ai vu un arrêt du mois d'avril 1781 qui prononçait la même chose sur une requête présentée par le sieur Mallet de Bélandre. Celui-ci se trouvait dans une position encore moins favorable, car il n'avait pas d'enfans.

III. Au reste, on conçoit bien qu'en cette matière, une autorisation accordée sans cause légitime, ne formerait, pour celui qui contracterait en conséquence avec le grevé, qu'un titre très-faible, et incapable de préjudicier aux droits des substitués. Maillart, à l'endroit cité, n° 164, nous en fournit un exemple remarquable: « par arrêt rendu à la » grand'chambre à Paris, le 27 juin 1618, » sur procès par écrit, évoqué de Malines, la » vente judiciaire, faite par le premier subs- » titué, des biens chargés de fidéicommis, » dans un testament du 18 août 1570, quoique » ce fût en vertu de lettres patentes par lui » obtenues du roi d'Espagne, comte d'Ar- » tois, pour payer les dettes des premiers » grevés, a été déclarée nulle; et en consé- » quence, l'acquéreur condamné à se désister » et départir de la possession et jouissance » des biens, avec restitution des fruits de- » puis le jour de la demande, envers les » héritiers des fidéicommissaires ».

IV. [[Les juges ne pourraient plus aujourd'hui accorder de pareilles autorisations. Le Code civil leur en refuse le pouvoir, par cela seul qu'il ne le leur attribue pas.]]

ART. VII. *De la translation du fidéicommis d'un bien sur un autre bien.*

Il est souvent plus avantageux ou plus commode à un héritier ou donataire, d'être grevé de Substitution dans un bien, que de l'être dans un autre. En ce cas, peut-il demander que le fidéicommis soit *transféré?*

Lorsque tous les appelés à la Substitution sont nés et majeurs, et qu'ils consentent à la translation, point de difficulté. Le grevé pourrait aliéner tout-à-fait avec leur consentement; et qui peut le plus, peut certainement le moins.

Il est encore permis de transférer une Substitution, quand le bien qui en est chargé tombe en ruine, et qu'il ne se trouve pas de quoi le réparer. *V.* ci-devant, §. 1.

Hors ces cas, les translations de fidéicommis sont généralement interdites. A la vérité, il a été un temps, même depuis l'ordonnance de 1747, où le roi les autorisait, pour peu que les causes sur lesquelles on en fondait la demande, fussent plausibles. Mais cet usage paraît avoir entièrement cessé, du moins dans le ressort du parlement de Paris. Au mois de juillet 1781, M. de Hanmer-Claibrock, conseiller en cette cour (c'est de lui-même que je l'ai appris deux mois après), sollicita des lettres-patentes pour transférer sur une terre située en Picardie, une Substitution dont est grevée une autre terre qu'il possède près de Cambrai. Avant de les accorder, M. le garde des sceaux demanda l'avis de M. le procureur général. Ce magis-

trat répondit que le parlement avait arrêté depuis peu, au rapport de M. de Chavannes, que le roi serait supplié de ne plus accorder de semblables lettres, et qu'ainsi, il était inutile que M. de H. C.... sollicitât une grâce qui ne passerait pas à l'enregistrement.

On est moins rigoureux au parlement de Flandre. Il y est assez d'usage de permettre les translations de fidéicommis, lorsque de justes raisons les provoquent, et que les biens sur lesquels on veut transférer la Substitution, se trouvent dans le ressort de cette cour. Il ne faut même point, pour cela, de lettres-patentes : un simple arrêt suffit; mais on ne le rend que sur les conclusions du ministère public, et d'après l'avis des juges immédiats des lieux, qui eux-mêmes entendent les intéressés, et dressent procès-verbal de leurs dires.

Cet usage, bien favorable sans doute aux grevés, est si constant, que j'ai vu les sieurs Imbert du Mairi et Fourmigier de Beaupuis obtenir, par arrêts du mois de juin 1781 et du 15 mars 1782, permission de vendre, moyennant remploi en rentes constituées, des héritages de grande valeur, mais d'un revenu modique, qu'un parent collatéral leur avait donnés entre-vifs, à charge de Substitution en faveur de leurs enfans. J'avais fait la requête sur laquelle le second de ces arrêts a été rendu.

[[Aujourd'hui de pareils arrêts seraient cassés, comme rendus par excès de pouvoir.

Les Substitutions créées en forme de majorat, peuvent cependant encore être transférées d'un bien sur un autre, mais il faut pour cela des formalités particulières. *V.* l'article *Majorat*, §. 6.]]

SECTION XIII. *Effets du décret forcé et de la prescription sur les biens substitués.*

I. Dans le droit romain, la vente judiciaire et forcée ne nuisait point aux substitués dont le droit n'avait pas été ouvert avant l'adjudication. Les biens n'étaient censés adjugés qu'avec la charge de fidéicommis qui y était attachée. Il n'y avait de transféré qu'une propriété résoluble par l'arrivée du cas dont la Substitution dépendait. C'est ce que nous apprend la loi 69, §. 1, D. *de legatis* 2°.

L'ordonnance de 1747 a enchéri sur cette jurisprudence. Elle porte, tit. 1er, art. 55, que « les adjudications par décret des biens substitués ne pourront avoir aucun effet contre » les substitués, lorsque les Substitutions » auront été publiées et enregistrées; ce qui » sera observé, *encore que le substitué eût un droit ouvert* à ladite Substitution *avant le décret*, et même avant la saisie réelle, et » qu'il n'eût point *formé d'opposition* audit » décret ».

Mais suivant le même article, il en serait tout autrement, si les biens étaient décrétés pour les dettes « de l'auteur de la Substitution, ou pour d'autres dettes ou charges antérieures à ladite Substitution ».

Il résulte de cette exception, que, quand les biens substitués ont été vendus par décret pour les dettes du substituant, l'aliénation est indistinctement valable.

Nous disons *indistinctement* : car, non-seulement on ne distingue pas alors si la Substitution a été ou non publiée et enregistrée, mais même on ne fait pas attention, comme dans le cas d'une vente faite volontairement pour le même objet (1), s'il restait des biens libres dans l'hérédité du substituant, avec lesquels on eût pu payer ses dettes, ni même si le bien substitué a été vendu sa juste valeur.

Si cependant il avait été au pouvoir du grevé de prévenir ou d'arrêter le décret par un paiement fait avec des biens héréditaires libres, il serait obligé d'indemniser le substitué, en lui restituant le prix de l'adjudication avec la plus value. C'est ce que décide la loi 78, D. §. 6, *ad senatus-consultum Trebellianum*.

[[Tout cela est applicable sans difficulté, aux Substitutions fidéicommissaires autorisées, soit par le Code civil, soit par la loi du 17 mai 1826.

On sait d'ailleurs qu'aujourd'hui l'expropriation forcée ne purge plus la propriété en aucun cas. *V.* l'article *Saisie immobilière*, §. 7.]]

II. Pour décider, dans toutes ses branches, la question de savoir si les biens substitués peuvent être prescrits, il faut considérer la Substitution à deux époques différentes : avant et après l'ouverture.

Avant l'ouverture, il n'y a point de doute que les biens substitués ne puissent être prescrits *contre le grevé*. Comme il est propriétaire, et qu'il peut agir, rien n'empêche la prescription d'opérer contre lui. On a vu plus haut qu'il peut aliéner pour le temps de sa propriété et jouissance : pourquoi ne pourrait-il pas laisser prescrire contre lui par le même temps? En termes de droit, qui peut l'un, peut également l'autre : *Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim ut non videa-*

(1) *V.* ci-devant, sect. 12, §. 3, art. 2.

cur alienare qui patitur usucapi, dit la loi 28, D. *de verborum significatione.*

III. Mais la prescription peut-elle courir *contre les substitués* dont le droit n'est pas ouvert?

Il est un cas où elle le peut incontestablement : c'est lorsqu'elle a commencé avec l'auteur de la Substitution. « Il en est (dit Dunod, » *Traité des Prescriptions*, part. 3, chap. 4), » comme de la prescription qui court contre » la femme, quand elle a commencé avant le » mariage, et de la prescription conventionnelle contre laquelle le mineur n'est pas » restitué, lorsqu'elle a été commencée avec » son auteur ».

Hors ce cas, la question est très-difficile, non pas pour la prescription de dix ou vingt ans, car il y a une loi qui décide qu'elle ne court pas contre le substitué dont le droit n'est pas ouvert, *ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contrà legatarium vel fideicommissarium procedat* (loi 3, §. 3, C. *communia de legatis*), mais pour celle de trente ou quarante ans, qui est partout regardée comme très-favorable.

Ricard et Domat se rangent du parti de ceux qui admettent cette prescription, et citent trois lois du Digeste, qu'ils regardent comme décisives.

Mais de ces trois lois, il en est une, savoir, la trente-sixième du titre *de usu et usufructu*, qui porte évidemment sur le cas d'un fidéicommis ouvert; et il n'y a rien dans les deux autres qui empêche de les entendre de même. Ce sont les lois 22, §. 3, et 70, §. 2, D. *ad Trebellianum.*

D'ailleurs, comme l'observe Thevenot d'Essaule, « en admettant même que, dans le droit » romain, la prescription courût contre les » substitués avant l'ouverture, on n'en pour» rait rien conclure dans nos mœurs. En effet, » je ne verrais, alors, d'autre fondement à » cette prétendue jurisprudence des Romains, » que la liberté accordée aux fidéicommissai» res, de demander caution pour la restitution » du fidéicommis : ce qui pouvait, jusqu'à un » certain point, les mettre à l'abri du dom» mage résultant de la prescription; mais » cette caution n'a pas lieu parmi nous ».

Il faut donc regarder la question comme laissée par les lois dans l'indécision, et par conséquent ne consulter, pour la résoudre, que les principes généraux.

Mais ce qui augmente l'embarras, c'est qu'il n'y a pas là-dessus un principe qui ne soit, du moins en apparence, croisé par un autre. On en jugera par le détail des raisons que s'opposent respectivement les antagonistes et les partisans de la prescription.

1° On dit, contre la prescription, qu'elle est une espèce d'aliénation; et qu'ainsi, la défense de prescrire les biens substitués, est implicitement comprise dans la prohibition de les aliéner.

Dunod répond : « Quoique les lois défendent » d'aliéner les biens de l'église, il est certain » qu'on peut les prescrire par quarante ans. » La prohibition d'aliéner n'est donc pas un » obstacle perpétuel à toute prescription ».

2° On dit, contre la prescription, qu'il y a une loi générale qui exclud la prescription, même de trente et quarante ans, toutes les fois qu'il s'agit de dispositions conditionnelles, et que la condition n'est pas échue. Cette loi est la septième, C. *de præscriptione* 30 *vel* 40 *annorum.*

Dunod répond que cette loi ne parle que des obligations conditionnelles. Si elles ne sont pas sujettes à la prescription, dit-il, c'est parcequ'avant l'échéance de la condition « il » n'y a point d'obligation ni d'action, et que » la prescription ne peut pas courir contre ce » qui n'existe pas, ou quand personne n'a » d'action pour l'interrompre. Il n'en est pas » de même du fidéicommis, qui existe et qui » a un défenseur en état d'agir, puisque ce» lui qui est appelé à la Substitution, a droit » de la dénoncer au possesseur des biens fidéi» commissés, ou du moins, que celui qui » tient actuellement le fidéicommis, ayant » tous les droits actifs et passifs de l'hérédité, » il peut se pourvoir contre le possesseur qui » n'a point de titre *à domino*, ou qui, s'il en » a un, n'a qu'un titre nul et inefficace; car » il ne peut venir que de l'héritier grevé, » dont la loi déclare les aliénations nulles et » inutiles, et lui laisse la liberté de les faire » révoquer lui-même, et de rentrer dans ce » qu'il a aliéné, tout comme un père qui, » ayant vendu le bien de son fils, peut lui» même en faire déclarer la vente nulle ».

On aperçoit sans doute le sophisme et l'absurdité que renferme cette réponse.

Le sophisme est dans la différence que met Dunod entre une obligation conditionnelle et un fidéicommis qui n'est pas ouvert. Il y en a une, sans doute, mais elle est en faveur du fidéicommis. Écoutons la loi 42, D. *obligationibus* : « Celui à qui il a été fait un legs con» ditionnel, n'est pas créancier pendant la » condition; il ne le devient qu'au moment » où la condition arrive. Mais celui qui a sti» pulé quelque chose conditionnellement, est » créancier, même pendant la condition ».

Rien n'est plus précis; le légataire, et par conséquent le fidéicommissaire (1) n'ont aucun droit avant l'échéance de la condition. Le créancier d'une obligation conditionnelle a, au contraire, un droit véritable. Si donc on ne peut pas prescrire contre celui-ci, à plus forte raison ne le peut-on pas contre les premiers.

Quant à l'absurdité, on sent bien que c'en est une d'indiquer pour le conservateur des droits des substitués, le grevé même qui les enfreint par une aliénation illicite. Qu'il puisse se pourvoir lui-même contre ses propres acquéreurs, c'est ce que je nie, et je m'y crois autorisé par ce qui est dit plus haut, sect. 12, §. 3, art. 4; mais, supposé qu'il le puisse, fera-t-on dépendre de cette faculté, qu'il n'exercera très-probablement pas, les droits d'un appelé qui n'existe peut-être pas encore? Il dépendrait donc de lui de rendre le fidéicommis inutile, en laissant jouir un tiers-détenteur, avec qui il prendrait des arrangemens secrets!

3° On dit, contre la prescription, qu'il est de principe général, qu'aux termes de la loi 1, §. 2, C. *de annali exceptione,* et de la loi 3, C. *de præscriptione* 30 *vel* 40 *annorum,* la prescription ne peut militer contre quelqu'un, si ce n'est du jour qu'il a pu agir. Or, dit Thevenot d'Essaule, « les appelés peuvent bien avant que » le fidéicommis soit ouvert exercer les actions » conservatoires (ainsi qu'on le verra ci-après); » mais, en les supposant nés, quelle sorte » d'action pourront-ils intenter pour empê- » cher la prescription? Que pourront-ils faire, » soit contre le grevé, soit contre les tiers, » qui soit capable d'arrêter le cours de cette » prescription? Elle ne peut être interrompue » que par une demande en justice : et quelle » sera la *demande en justice* que les substitués » pourront former? Que si les appelés ne sont » pas encore nés, quel sera le remède » ?

Dunod répond « que celui qui est encore à » naître n'a aucun droit, et que, lorsqu'il » vient au monde, il trouve un droit formé » et antérieur au sien, dans la personne de » celui qui a prescrit, qui l'exclud de la répé- » tition de la chose prescrite ».

Il est aisé d'apercevoir que cette réponse ne roule que sur une pétition de principe. Sans doute, si le tiers-détenteur avait prescrit avant la naissance de l'appelé, celui-ci n'aurait contre lui aucune répétition : mais la question est précisément de savoir s'il a prescrit.

Ainsi, des trois moyens que l'on emploie communément contre la prescription, le premier serait inconcluant; s'il était isolé; mais restent les deux autres auxquels on n'oppose que des réponses démenties par les principes; et, bien examinés, ils suffisent pour justifier pleinement le parti de l'imprescriptibilité, contre une foule de petites objections que Dunod cherche à faire valoir, mais que leur faiblesse nous dispense de réfuter.

Du reste, Thevenot d'Essaule nous assure qu'il a *toujours vu tenir et juger, à Paris, contre la prescription.*

Le président Maynard, liv. 7, chap. 64, rapporte deux arrêts du parlement de Toulouse, des mois de janvier 1574 et septembre 1585, qui décident la même chose.

Il est vrai que Dunod parle de deux arrêts rendus au parlement de Metz, en faveur de parties pour lesquelles il avait soutenu le contraire; mais il avertit lui-même que, dans l'espèce du deuxième, notre question n'était pas la seule à juger, et n'était agitée que subordonnément. A l'égard du premier, il n'en rapporte ni l'espèce, ni même la date; ainsi, l'on ne peut pas faire plus de fond sur l'un que sur l'autre.

[[Que doit on décider à cet égard, relativement aux objets grevés de Substitution autorisée soit par le Code civil, soit par la loi du 17 mai 1826? Nul doute que, la prescription n'en soit suspendue à l'égard des appelés, tant que la Substitution n'est pas ouverte. Cela résulte clairement de l'art. 2257 du Code civil.]]

IV. Est-il nécessaire, pour empêcher la prescription contre les substitués dont le droit n'est pas ouvert, que le fidéicommis ait été publié et enregistré, [[et aujourd'hui qu'il soit, ou transcrit, ou inscrit, au bureau des hypothèques ?]]

« Je ne le pense pas (répond Thevenot); » l'ordonnance des Substitutions n'exige cette » formalité que relativement aux *tiers acquéreurs* ou *créanciers,* qui, ayant traité à prix » d'argent, sont dignes en effet de cette fa- » veur. L'ordonnance ne suppose nulle part » que la publication et enregistrement soient » requis à l'égard de tous les tiers-détenteurs; » et il est sensible que les substitués sont in- » finiment plus favorables que des tiers qui, » n'ayant rien déboursé, ne fondent leur » droit que sur la prescription ».

Ceci a besoin d'explication. Ou le tiers-détenteur qui oppose la prescription, a acquis, soit du grevé, soit de ses ayant-cause; ou il a acquis d'un étranger qui s'est donné pour propriétaire d'un bien sur lequel il n'avait aucun droit.

Au premier cas, il faut distinguer si c'est à titre onéreux ou à titre gratuit qu'il a fait

(1) *V.* l'article *Legs*, sect. 1.

son acquisition. Si c'est à titre onéreux, il n'a pas besoin de prescrire, le seul défaut de publication et d'enregistrement le met à l'abri de toute recherche de la part des substitués; si c'est à titre gratuit, c'est le cas de dire, avec Thevenot, qu'il ne peut pas opposer la prescription; et c'est ainsi qu'il en a été jugé au parlement de Toulouse, par un arrêt que Furgole (*Traité des Testamens*, chap. 7, sect 4, n° 41) dit avoir vu rendre à la seconde chambre des enquêtes.

Dans le second cas, il semblerait que le défaut de publication et d'enregistrement dût faire maintenir, même sans le secours de la prescription, le tiers-détenteur qui a acquis à titre onéreux; mais le contraire résulte de ce qu'on a dit ci-dessus, sect. 7, §. 3, sur l'art. 32, tit. 1 de l'ordonnance.

Faut-il donc, en ce cas, refuser au tiers-détenteur le bénéfice de la prescription?

Thevenot pense que oui; mais il est contredit par Domat, *lois civiles*, liv. 5, tit 5, sect. 3; par Raviot, sur Perrier, quest. 56, n°s 20 et 21; par Bergier, dans ses notes sur Ricard, *des Substitutions*, traité 3, chap. 13, part. 3, n° 98.

« D'un côté (dit ce dernier auteur), il y a une grande analogie entre l'aliénation et la prescription; celui qui n'a pas le pouvoir d'aliéner, ne peut pas laisser prescrire: *Alienationis verbum etiam alienationem continet.* Et c'est une des grandes raisons pour lesquelles on doit rejeter la prescription des biens substitués avant l'ouverture du fidéicommis. En raisonnant à sens contraire, n'est-on pas en droit de dire que celui qui peut valablement aliéner, peut aussi laisser acquérir la prescription? Or, l'héritier grevé peut, sans contredit, *aliéner valablement, lorsque la Substitution n'est point publiée.*

» D'un autre côté, ne perdons pas de vue le fondement et la base de toute prescription: elle fait présumer la translation de propriété *à titre légitime*, et tient lieu de ce titre. De là, la conséquence que le tiers-détenteur qui a prescrit pendant la jouissance du grevé, est présumé n'être entré en possession qu'en vertu d'un titre légitime que le laps de temps a fait disparaître, il est présumé avoir acquis, à titre onéreux, la chose qu'il possède; et dès que cette chose pouvait être acquise par cette voie, quel obstacle pourrait-il y avoir à la prescription ».

V. Lorque le fidéicommis est ouvert, le droit des appelés est formé, rien ne les empêche d'agir, et il n'y a, par conséquent, aucun prétexte pour les soustraire à la prescription.

Cependant Ricard semble penser qu'alors même le grevé ne peut pas prescrire contre eux. « Le titre (dit-il) en vertu duquel le grevé » possède, résiste perpétuellement à ce qu'il » puisse acquérir la qualité de véritable pos» sesseur, étant comme le fermier qui a com» mencé sa jouissance en vertu d'un bail ».

Mais, répond Thevenot, la différence est totale entre le grevé et le fermier. Celui-ci ne possédant point, durant son bail, *animo domini*, est censé n'avoir possédé depuis, qu'au même titre, par tacite reconduction: c'est pourquoi il ne prescrit pas. Il en est tout autrement du grevé qui est propriétaire, et qui, par conséquent, possède *animo domini*. Le raisonnement de Ricard irait à dire que l'héritier ne peut prescrire contre le légataire, puisqu'on pourrait prétendre de même que le titre de l'héritier, par lequel il est chargé de délivrer le legs, résiste perpétuellement à la prescription.

Il y a pourtant une différence, sur ce point, entre le grevé et les tiers; mais elle ne consiste que dans le temps requis pour la prescription.

Les tiers peuvent prescrire par une possession de dix ans entre présens, et de vingt ans entre absens.

Le grevé, au contraire, ne prescrit jamais que par trente ans: la prescription de dix ou vingt ans ne peut lui être d'aucun secours, parceque la bonne foi y est requise, et que son titre, qui le charge de rendre, exclud la bonne foi de sa part.

VI. Pour que la prescription puisse courir après que la Substitution est ouverte, est-il nécessaire que l'ouverture de la Substitution soit prononcée par un jugement?

On a soutenu l'affirmative, en 1704, dans un procès pendant au parlement de Toulouse. Jean Siméon avait vendu, à Rodolosse, des biens substitués en faveur de ses enfans. Trente ans et douze jours après la mort du vendeur, Louis Siméon, son fils, se pourvut contre l'acquéreur, et demanda qu'en déclarant la Substitution ouverte, il plût au juge condamner celui-ci à lui délaisser les biens. Rodolosse répondit qu'une possession de plus de trente ans, depuis la mort du grevé, le mettait à l'abri de toute recherche. Louis Siméon répliqua que la prescription ne pourrait courir contre lui que du jour que la Substitution serait déclarée ouverte à son profit. Par arrêt du 18 juin 1704, il fut jugé que la prescrip-

tion était acquise; et la sentence qui avait débouté Louis Siméon, fut confirmée (1).

SECTION XIV. *Des droits du substitué, et des actions qu'il peut exercer, avant l'échéance de la condition du fidéicommis.*

I. Tant que le fidéicommis n'est pas ouvert, le substitué n'y a aucun droit; il n'a qu'une espérance d'y venir, en cas que la condition arrive.

De là il résulte que, pendant tout ce temps, le substitué ne peut exercer aucune action qui suppose un droit acquis.

Cette vérité, qui est fondée sur la nature des choses, a été consacrée par deux arrêts des parlemens de Metz et de Douai.

Par le premier, rapporté dans le recueil d'Augeard, sous la date du 23 mai 1692, le substitué à un bien qui avait été vendu par décret sur le grevé, a été déclaré *non-recevable, quant à présent*, dans sa demande en nullité du décret, et en délaissement du bien.

Par le second, rendu le 6 mars 1694, et recueilli par le président Desjaunaux, il a été décidé que des collatéraux appelés à une Substitution, en cas de décès du sieur de La Hamaide et de ses enfans, n'étaient pas *recevables*, avant l'ouverture, à demander, par action principale, sans cause ni motif particulier, qu'il fût déclaré que les choses comprises dans cette disposition, étaient fidéicommissées à leur profit.

II. Mais le substitué ne peut-il pas, au moins, exercer les actions que l'on appelle *conservatoires?*

Les lois romaines supposent qu'il le peut; car, sans traiter la question en général, elles lui indiquent trois actions de cette espèce, comme des voies propres à assurer la conservation de l'espérance qu'il a.

1° La loi 1, et la loi 5, §. 2, D. *ut Legatorum*, lui permettent de demander caution au grevé.

2° La loi 6 du même titre déclare que, sur le défaut du grevé de lui donner caution, il peut se faire envoyer, par forme de gage et de nantissement, en possession des biens substitués.

Mais il est libre au substituant de décharger le grevé de l'obligation de donner caution, et, par conséquent, de le soustraire à l'envoi en possession. (Loi 4, C. *ut in possessionem*).

3° La loi 50, D. *ad Trebellianum*, nous présente une décision de l'empereur Adrien, qui accorde à un substitué le droit de demander une restitution anticipée et définitive, parceque le grevé n'usait pas des biens en bon père de famille.

Mais il ne faut pas croire que cette décision soit générale. Ricard (*Traité des Substitutions*, chap. 10, n° 26) s'est trompé en la regardant comme telle; car la loi en rend elle-même une raison qui la limite nécessairement à un cas particulier: c'est, dit-elle, parceque le substitué ne pouvait pas, attendu sa qualité de fils non-émancipé du grevé, former contre lui une demande à fin de caution: *Quia cautiones interponi non poterant.*

Dans nos mœurs, il est certain que le substitué peut exercer toutes les actions qui tendent seulement à empêcher qu'on ne rende son espérance illusoire et vaine. Tel est le vœu formel de l'ordonnance de 1747. Par l'art. 2 du tit. 2, elle permet au substitué, et même elle l'oblige, de faire procéder à l'inventaire des effets et biens du substituant. Par les art. 13 et 15 du même titre, elle l'autorise à faire toutes les diligences nécessaires pour l'emploi des deniers, et à former des oppositions entre les mains des débiteurs.

A l'égard des trois actions conservatoires que le droit romain accordait nommément au substitué, il est certain que celle à fin de restitution définitive a lieu dans nos mœurs, comme elle avait lieu dans le droit romain, c'est-à-dire, lorsque le grevé a le substitué sous sa puissance, et que, par cette raison, le substitué ne peut pas lui demander caution.

Mais les actions à fin de caution ou d'envoi en possession, ne sont plus admises que dans le cas où il y a, de la part du grevé, une dilapidation criante, une dégradation manifeste, un abus caractérisé. Détruire des édifices, couper des arbres de haute futaie, aliéner des meubles qui doivent être restitués en nature, voilà des actes qui soumettent un grevé à l'une ou à l'autre des actions dont il s'agit.

On ne pourrait pas en dire autant d'une aliénation d'immeubles réels, car ces sortes de biens ne sont point périssables: le substitué peut les retrouver, en quelques mains qu'ils passent; il n'a donc aucun sujet de se plaindre, quand le grevé use, pour les aliéner, du droit que lui donne sa qualité de propriétaire.

SECTION XV. 1° *De l'ouverture des fidéicommis.* 2° *De leur transmission.*

(1) Journal du Palais de Toulouse, tome 3, page 128.

3° *Des effets que produit leur ouverture, relativement à la propriété, à la possession et aux fruits.*

§. I. *De l'ouverture des Substitutions.*

I. L'ouverture d'un fidéicommis s'opère régulièrement par l'arrivée de la condition de laquelle il dépend.

[[De là, la question de savoir à quelle époque s'ouvre la Substitution fidéicommissaire qui résulte de la disposition par laquelle, après avoir donné à un tiers la faculté de lui choisir un héritier, dans le cas où celui qu'il a institué mourrait sans enfans, ou sans avoir disposé, le testateur institue lui-même un second héritier, pour le cas où le tiers ne ferait pas d'élection. *V.* ci-devant, sect. 8, n° 11.]]

L'ouverture du fidéicommis s'opère aussi par la renonciation que fait le grevé, avant l'accomplissement de la condition, à la disposition qui contient le fidéicommis même.

C'est ce qu'a jugé, en 1784, un arrêt célèbre du parlement de Paris.

La question sur laquelle cette cour avait à prononcer, était de savoir si, lorsqu'un légataire universel, grevé de Substitution, renonce à son legs, pour se porter héritier, et prendre, en cette qualité, une partie des biens compris dans ce legs, l'appelé à la Substitution peut en demander l'ouverture, et se faire envoyer en possession des biens substitués? Voici les faits qui ont occasionné la contestation.

Le maréchal de Clermont-Tonnerre est mort au mois de mars 1781, et a laissé quatre enfans, le duc de Clermont-Tonnerre, le marquis de Clermont-Tonnerre, l'abbé de Luxeuil, et les représentans d'une fille mariée au comte de Bourbon-Busset, c'est-à-dire, le comte de Bourbon-Chalus et le vicomte de Bourbon-Busset.

Par son testament du premier juin 1774, il a fait, entre ses enfans, le partage de sa succession; et entre autres dispositions, il a institué son légataire universel dans ses biens, meubles et immeubles, le marquis de Clermont-Tonnerre, son fils puîné, à la charge de payer la légitime de ses frères et neveux, de payer et acquitter toutes les dettes de sa succession; et à la charge, en outre, que la terre de Saintry, le fief et le château de Champlâtreux, seraient et demeureraient substitués en faveur du comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, son petit-fils, fils du marquis, et à ses enfans mâles, et à défaut d'enfans mâles du comte Stanislas, en faveur de Gaspard-Paulin de Clermont, second fils du duc de Clermont-Tonnerre, et à ses enfans mâles.

Le marquis de Clermont-Tonnerre, au lieu d'accepter le legs universel, y a renoncé, pour se porter, ou héritier pur et simple, ou légitimaire. Cet événement a engagé l'abbé de Luxeuil à se rendre héritier pur et simple. Les enfans de la dame de Bourbon-Busset se sont aussi déclarés héritiers, mais par bénéfice d'inventaire.

D'un autre côté, le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, qui, avant la renonciation de son père, n'avait aucune action contre l'hérédité, a prétendu, en vertu de cette renonciation, avoir droit de demander l'envoi en possession des biens de la Substitution.

Une sentence par défaut a en effet prononcé l'ouverture de la Substitution à son profit, et l'a envoyé en possession des biens substitués, aux clauses, charges et conditions portées au testament du maréchal.

L'abbé de Luxeuil, le comte de Bourbon-Chalus et le vicomte de Bourbon-Busset en ont interjeté appel, et ont soutenu que le comte Stanislas ne pouvait pas être envoyé, quant à présent, en possession des biens de la Substitution. A l'appui de cette proposition, ils ont dit que l'art. 27 de l'ordonnance de 1747, qui veut que l'appelé prenne la place du grevé, si le grevé renonce, ne devait pas s'appliquer aux pays coutumiers; que telle est l'opinion de Pothier, dans son *Traité des Substitutions*, pages 46 et 47; que c'est aussi celle de M. le procureur-général Joly de Fleury, dans sa réponse aux questions de M. d'Aguesseau, sur l'ordonnance, page 141; qu'il y déclare que la question ne peut regarder les pays coutumiers où les testamens ne sont que des codicilles; qu'il se fonde sur l'art. 27 de l'ordonnance, lequel dit que, *dans le cas de renonciation de la part de l'appelé, le substitué prend la place d'héritier, légataire ou donataire, soit qu'il y ait une clause codicillaire dans le testament ou non*; que l'héritier que suppose ici l'ordonnance, est l'héritier du pays de droit écrit, puisque c'est l'héritier institué; que, par conséquent, c'est du testament des pays de droit écrit que parle l'ordonnance, et non de celui des pays coutumiers. Ils ont ajouté que, quand bien même cet article s'appliquerait aux pays coutumiers, il n'eût pu rien décider dans l'espèce actuelle où la renonciation du marquis de Clermont n'était qu'imaginaire, et bien différente de celle qu'exige l'ordonnance; que, selon l'ordonnance, la renonciation doit être sincère, effective et absolue; au lieu que, dans le fait, le marquis de Clermont devait reprendre sous

un autre nom, sous celui d'héritier ou de légitimaire, une partie des biens du legs universel auquel il renonçait.

De son côté, le comte Stanislas a établi, 1° que la renonciation de l'héritier ou du légataire grevé de Substitution, donnait, dans l'espèce présente, lieu à l'ouverture de la Substitution, et à l'envoi en possession des biens qui y étaient compris; que les art. 27 et 37 de l'ordonnance de 1747 le décidaient en termes exprès; que, selon ces articles, il ne peut y avoir aucun intervalle entre la renonciation de l'institué et l'entrée en jouissance du premier appelé; que la Substitution ne saurait dormir; qu'elle est dans une activité continuelle depuis l'instant où elle commence, jusqu'à celui où elle atteint sa fin, la résolution des deux degrés, non compris l'institué; qu'il n'y a que l'institué ou les appelés qui puissent jouir des biens substitués; que l'ordonnance s'applique aux pays coutumiers, comme à ceux de droit écrit; que si l'art. 27 pouvait donner lieu à quelques équivoques, l'art. 37 les leverait par ces termes : « Lors» que le grevé de Substitution aura renoncé à » la disposition faite en sa faveur, sans s'être » immiscé dans les biens substitués, le substi» tué du premier degré en prendra la place »; que ces expressions générales embrassent tous les cas, où le grevé de Substitution renonce.

M. l'avocat-général Séguier a conclu en faveur de l'appelé à la Substitution; et ses conclusions ont été suivies par arrêt du 8 janvier 1784.

[[II. L'art. 1053 du Code civil porte que « les droits des appelés seront ouverts à l'épo» que où, par quelque cause que ce soit, » la jouissance des.... grevés de restitution » cessera ».]]

§. II. *De la transmission des fidéicommis.*

On appelle *transmission du fidéicommis*, le passage des droits du subtitué qui décède, dans la personne de son héritier.

Il y a toujours transmission, quand l'appelé meurt après l'ouverture du fidéicommis; et cette transmission se fait alors de plein droit (loi 5, D., et loi 3, C. *quando dies legatorum vel fideicommissorum*).

Mais si l'appelé meurt avant l'ouverture, il ne transmet rien à son héritier; et le fidéicommis devient caduc (loi 5, D. *quandò dies*, et la loi 17, D. *de legatis* 2°).

Le parlement de Toulouse exceptait autrefois de cette règle, le cas où le substitué laissait des héritiers en ligne directe descendante; mais ce point de jurisprudence a été corrigé par l'art. 20 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, conçu en ces termes: « Ceux qui » sont appelés à une Substitution, et dont le » droit n'aura pas été ouvert avant leur décès, » ne pourront, en aucun cas, être censés en » avoir transmis l'espérance à leurs enfans ou » descendans, encore que la Substitution soit » faite en ligne directe par des ascendans, et » qu'il y ait d'autres substitués appelés à la » même Substitution, après ceux qui seront » décédés, et leurs enfans ou descendans ».

Cette disposition est, comme on le voit, très-générale : le législateur ne la limite à aucune espèce de fidéicommis; et dès-là, il faut nécessairement l'appliquer aux fidéicommis contractuels, comme aux fidéicommis testamentaires.

Ce qui aurait pu en faire décider autrement pour les premiers, c'est que, dans les actes entre-vifs, il n'est pas nécessaire d'exister au moment où la condition arrive, pour transmettre à son héritier le bénéfice de la disposition. La loi 8, D. *de periculo et commodo rei venditæ*, et le §. 25, Inst. *de inutilibus stipulationibus*, en contiennent des décisions expresses; mais le législateur a considéré que les fidéicommis ne sont par eux-mêmes que des dispositions testamentaires, et qu'en les transplantant, pour ainsi dire, dans les donations entre-vifs, on ne change pas leur nature primitive.

C'est sur le même principe que Justinien, en égalant les fidéicommis aux legs par la loi 3, C. *communia de legatis*, n'a pas distingué ceux qui se faisaient entre-vifs, de ceux qui se faisaient à cause de mort.

§. III. *Des effets que produit l'ouverture des fidéicommis, relativement à la propriété, à la possession et aux fruits.*

I. C'est une maxime constante, que l'ouverture seule ne rend le substitué, ni propriétaire, ni possesseur, ni habile à prétendre les fruits de la chose fidéicommissée.

On a établi au mot *Légataire*, §. 5, que la propriété de la chose léguée ne passe sur la tête de celui qui en est gratifié par le testateur, que du moment de son acceptation, mais qu'en même temps, cette acceptation a un effet rétroactif à l'instant précis de l'ouverture du legs.

Ce principe reçoit ici une application entière; car on sait que les legs et les fidéicommis se gouvernent par les mêmes règles. Aussi la loi 1, C. *communia de legatis*, décide-t-elle nettement que le fidéicommissaire acquiert la propriété par sa seule acceptation.

II. Un autre principe démontré à l'article *Légataire*, §. 5, est que la possession ne passe de l'héritier dans la personne du légataire, que par la délivrance qu'en fait l'un à l'autre.

De là, et de l'identité qu'il y a entre les legs et les fidéicommis, il résulte que la possession reste au grevé, tant qu'il n'a point délivré la chose substituée, ou du moins tant que le substitué ne lui en a pas demandé régulièrement la délivrance.

III. Enfin, on a vu à l'article *Legs* (1), que, suivant l'opinion la plus généralement reçue, les fruits ne sont dus au légataire que du jour de sa demande en délivrance : il doit par conséquent en être de même du substitué.

Ces deux derniers points sont confirmés par l'art. 40 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 : « Le fidéicommissaire, même à titre » universel, ne sera point saisi de plein » droit, encore que la Substitution eût été » faite en ligne directe ; mais il sera tenu » d'obtenir la délivrance ou la remise du fi- » déicommis ; et les fruits ne lui seront dus » en conséquence dudit fidéicommis, que du » jour de l'acte par lequel l'exécution de la » Substitution aura été consentie, ou de la » demande qu'il aura formée à cet effet, sans » qu'il puisse évincer les tiers possesseurs » des biens compris dans la Substitution, » qu'après avoir obtenu ladite délivrance ou » remise, et après avoir satisfait à ce qui » sera prescrit par les art. 35, 36 et 37 du » tit. 2 de la présente ordonnance » rapportés ci-devant, sect. 11, §. 5.

[[IV. D'après cette disposition, le substitué *qui recueillait librement la Substitution*, pouvait-il, sous l'ordonnance de 1747, évincer les tiers-acquéreurs, sans s'être préalablement fait envoyer en possession des biens fidéicommissés à son profit? Le peut-il aujourd'hui, lorsqu'il s'agit d'une Substitution ouverte avant la loi du 14 novembre 1792 ?

Il y a, dans un plaidoyer du 23 août 1810, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 12, un arrêt de la cour de cassation, du 3 janvier de la même année, qui juge l'une et l'autre question pour la négative.

V. Mais 1° si les tiers-acquéreurs poursuivis en éviction par le substitué, n'excipent pas contre lui du défaut d'envoi préalable en possession, le juge doit-il suppléer cette exception d'office ?

2° Les tiers-acquéreurs peuvent-ils, après avoir négligé cette exception en première instance, la proposer en cause d'appel ?

3° L'héritier du grevé, assigné par eux en garantie, peut-il la proposer pour eux ?

Ces trois questions se sont présentées dans l'espèce suivante, avec celle qui est indiquée ci-devant, sect. 10, §. 7, n° 7 *bis*.

Le 11 avril 1775, Pierre de Bessières, conseiller à la cour des aides de Bordeaux, fait un testament ainsi conçu :

« Je donne et lègue à la famille de feu mon frère, qui consiste en un garçon et trois filles, à chacun, une pension annuelle et viagère de 100 livres..... ; et je les institue mes héritiers particuliers.

» Je nomme pour mes héritiers généraux et universels, Toinette de Bessières, ma chère sœur, veuve de M. de Laurière, et Joseph de Laurière, son fils, pour en jouir conjointement, sans en faire division ni partage entr'eux, si ce n'est pour les revenus, et après la mort de l'un et de l'autre, remettre l'hérédité dans la famille de feu mon frère, s'il y a un mâle ; à ce défaut, dans la famille de mon cousin Bessières de Castelnaud, également à un mâle, sans diminution de quarte-falcidie ou trébellianique, que je prohibe par exprès ».

Le testateur meurt en 1777, et conformément à son testament, la veuve de Laurière et son fils, après avoir recueilli la succession, en jouissent en commun.

Le 10 juin 1778, la veuve de Laurière et son fils, avec le concours de Pierre de Bessières de Casseneuil, premier appelé à la substitution dont ils sont grevés, vendent un bien de la succession, moyennant une rente de 1,150 livres, *laquelle* (est-il dit dans le contrat) *doit appartenir en entier à ladite veuve de Laurière et audit sieur de Laurière, son fils, et* AU SURVIVANT D'ENTR'EUX *sa vie durant.*

En 1779, décès de la veuve de Laurière; son fils continue de jouir de la totalité de la succession de Pierre de Bessières.

Le 7 mars 1780, le sieur de Bessières de Casseneuil signifie au sieur de Laurière fils, une requête à l'appui d'une opposition qu'il avait formée *pour la conservation de ses droits sur la succession de feu Pierre de Bessières, et pour pouvoir les exercer sans difficulté ni obstacle, au moment que la Substitution à laquelle il est appelé, pourra s'ouvrir.*

Le 5 février 1782, transaction, et le 3 juil-

[[(1) C'est ce que j'ai encore établi, par rapport à l'ancienne jurisprudence, dans le plaidoyer du 10 novembre 1807, rapporté au mot *Légitime*, sect. 8, §. 3, art. 1, n° 12.]]

let de la même année, quittance devant notaire, par lesquelles le sieur de Bessières de Casseneuil continue de reconnaître que la Substitution, écrite dans le testament du 11 avril 1775, n'a pas été ouverte pour moitié à son profit, par la mort de la veuve de Laurière.

Il meurt le 14 août 1784, laissant deux enfans, Jean-Pierre de Bessières, et Marguerite-Adélaïde de Bessières, mariée depuis au sieur Jouanisson.

Le 11 février 1785, Jean-Pierre de Bessières meurt sans enfans. Sa succession passe à la dame de Bonnefoux, sa mère, et à la dame Jouanisson, sa sœur.

Le sieur de Laurière fils meurt le 21 vendémiaire an 2, époque où la loi du 14 novembre 1792, portant abolition des Substitutions fidéicommissaires était publiée depuis longtemps, et il transmet tous ses droits à Ursule de Bertrand, son épouse, qu'il institue héritière universelle.

Celle-ci meurt le 10 brumaire an 10, laissant pour héritière Marie-Ursule de Bertrand-Crozefon, épouse du sieur Saunhac.

Le 1er frimaire an 11, la dame Jouanisson, encore mineure, renonce à la succession de Pierre de Bessières de Casseneuil, son père, et un jugement du même jour lui donne acte de sa renonciation.

Le 13 juin 1809, la dame Jouanisson, rétractant sa renonciation, et agissant comme héritière tant de son père que de son frère, et la dame Bonnefoux, agissant comme héritière de son fils, font assigner, devant le tribunal civil de Villeneuve-sur-Lot, « les personnes ci-après désignées, pour voir déclarer » que la moitié des biens, délaissés par le » sieur Pierre de Bessières, appartiennent » aux demanderesses, en vertu du testament » dudit sieur Pierre de Bessières; en conséquence, voir ordonner que, par des experts » nommés conformément à la loi, il sera procédé à la fixation de la consistance et au » partage desdits biens, pour leur en être » expédié la moitié les compétant; auquel effet, les assignés seront condamnés à rapporter à la masse du partage, savoir : la » dame Marie-Ursule de Bertrand-Crozefon, » épouse du sieur Saunhac, tous les biens » tant meubles qu'immeubles qu'elle jouit et » possède, provenant de l'hérédité de feu » Pierre de Bessières, conseiller à la cour des » aides; la dame Marie-Françoise Carbonnier, épouse du sieur Joseph-François de » Bertrand-Crozefon, plus jeune, les domaines de Bessières et de Thouras, avec leurs » circonstances et dépendances, tels qu'ils se » poursuivent et comportent, et sont possédés par ladite dame.....; ledit sieur de » Bertrand-Crozefon, plus jeune, ou quoique » soit la dame Carbonnier, son épouse, le » principal manoir où sont situées les bâtisses du domaine de la Fargue....., sur l'enclos principal du domaine de Claret.....; » le sieur de Bertrand-Crozefon aîné, le » moulin appelé de Casses....., et une pièce » de terre appelée la Bougne.....; Marie » Cassan, veuve Laurent, et Jean-Baptiste » Laurent, mère et fils, les objets compris » dans l'acte de vente, consenti en leur faveur » par la feue dame Ursule de Bertrand, veuve » Laurière, le 29 frimaire an 3..... (*suit une* » *longue nomenclature de tiers-acquéreurs* » *des biens provenant de Pierre de Bessières,* » *avec la désignation de ces biens*); pour être » déclaré, par lesdits experts, quels sont ceux » desdits biens qui doivent entrer dans le lot » des demanderesses, pour former la moitié » par elle réclamée; pour, sur le rapport » desdits experts, se voir, les sus-nommés, » condamner, chacun endroit soi, au délaissement des biens qui seront désignés, par » lesdits experts, pour former le lot des demanderesses.... ».

Le 26 du même mois et les jours suivans, des demandes en garantie et arrière-garantie sont formées par les tiers-acquéreurs contre le sieur Jean-Baptiste de Bertrand-Crozefon aîné, contre le sieur Jean-Baptiste de Bertrand-Crozefon puîné, contre le sieur Joseph-François de Bertrand-Crozefon plus jeune, contre la dame Carbonnier, son épouse, et contre la dame Saunhac.

La cause portée à l'audience, tous les assignés concluent à ce que la dame Bonnefoux et la dame Jouanisson soient déclarées *non-recevables et mal fondées dans leur demande;* mais aucune fin de non-voir n'est articulée de leur part.

Les sieurs de Bertrand-Crozefon et la dame Carbonnier, épouse de l'un d'eux, déclarent, de leur côté, prendre fait et cause des demandeurs en garantie, et ne forment point de demande en arrière-garantie contre la dame Saunhac.

Par jugement du 10 janvier 1810,

« Vu la clause du testament de feu Pierre de Bessières, qui fait la matière du procès, et qui est ainsi conçue.....; vu pareillement la loi *Seia libertis*, 87, D. *de legatis* 2°.....; l'art. 19 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747.....; la loi 64, D. *de legatis* 2°.....; enfin, la loi 57, §. 1, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*.....;

» Attendu que, quoiqu'en principe, le substitué exclût le survivant, il y avait pourtant des exceptions à cette règle générale; que la loi 87, D. *de legatis* 2°, §. 2, transcrite ci-dessus, renferme une exception bien formelle à cette règle; que l'espèce de ce § est parfaitement semblable à l'espèce qui nous occupe; que, dans celle de la loi *Seïa*, comme dans la nôtre, le dernier mourant devait remettre la succession; que *Seïa* avait défendu de vendre le fonds substitué, comme Bessières avait défendu de partager son hérédité; que, dans l'une et l'autre espèce, les testateurs ont voulu que leur hérédité fût remise en entier; qu'il faut donc, dans l'espèce, répondre comme le jurisconsulte *Paul* dans la loi *Seïa*, qu'il y a une Substitution réciproque entre les deux héritiers institués; que c'est l'opinion de Pothier dans ses *Pandectes*, tome 2, liv. 30, 31, 32, part. 1, art. 3, n° 35, et dans son *Traité des Substitutions*, tome 5, et 1er de ses *OEuvres posthumes*, pages 500 et 501, où il établit qu'il y a Substitution réciproque tacite, 1° toutes les fois que le dernier mourant est chargé de rendre; 2° toutes les fois qu'il est chargé de rendre l'entière hérédité; que ces conditions se trouvent précisément dans l'espèce du testament qui nous occupe : le dernier mourant est chargé de rendre, et les héritiers grevés ne peuvent diviser ni partager l'hérédité entr'eux, d'où il faut conclure nécessairement que l'hérédité doit être remise en entier; qu'à Pothier, on pourrait joindre Vinnius, sur le § 6 des *Institutes*, liv. 2, au titre *de pupillari Substitutione*; Peregrinus, dans son *Traité des Fidéicommis*, art. 13, n° 14; Domat, *Lois civiles*, n° 5, tit. 3, n° 23; et surtout Cujas, dans ses deux explications du § *Seïa*, la première dans son Commentaire sur les réponses de Paul, liv. 14; et la deuxième, dans son Commentaire sur le liv. 31, tit. 1, D. *de legatis* 2°, loi 87, § *Seïa libertis*;

» Attendu que la Substitution réciproque entre les grevés, qui résulte des termes du testament de feu Bessières, n'est point une Substitution conjecturale, mais bien une Substitution nécessaire, puisqu'il faut nécessairement que le dernier mourant, chargé de rendre toute la succession, ait reçu la portion du premier mourant; sans quoi, il n'aurait su rendre ce qu'il n'avait pas reçu; que cette Substitution réciproque, quoique tacite, n'est donc pas conjecturale, ni par conséquent en contravention à l'art. 19, tit. 1er, de l'ordonnance de 1747; qu'en outre, toutes les Substitutions conjecturales ne sont pas détruites par cet article, et surtout celles qui sont fondées, comme celle qui nous occupe, sur les présomptions des lois romaines. C'est le sentiment de Furgole, dans ses notes sur le préambule de l'ordonnance de 1747, où il cite le § *Seïa* et la loi *cùm proponebatur*, ci-dessus transcrite; et dans son Commentaire sur l'art. 19 de la même ordonnance; que M. Merlin professe la même doctrine dans son *Répertoire de Jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8, où il dit qu'il faut admettre la preuve par induction, toutes les fois que l'induction est évidente et inévitable, et qu'en effet, on ne peut rendre sans recueillir : *nemo oneratus nisi honoratus*;

» Attendu enfin que, d'après la loi 57, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, citée ci-dessus, il faut toujours, dans les fidéicommis, examiner quelle a été la volonté du testateur; que Cujas le recommande expressément dans sa consultation 19e, où il est dit : *voluntas autem sola in fideicommissariis substitutionibus, quales eæ sunt de quibus quæritur, spectatur*; que cette dernière considération est décisive dans l'espèce, puisqu'il suffit de jeter un coup-d'œil sur le texte du testament de feu Bessières, pour se convaincre que l'intention du testateur était que tant sa sœur que son neveu jouissent l'un à défaut de l'autre de son entière hérédité, qu'il ne voulait point qu'elle fût divisée et partagée, pour qu'elle passât en entier au mâle qui existerait après la mort de l'un et de l'autre des institués; que, si le système des demanderesses pouvait être admis, la volonté du testateur serait méconnue en ses deux points principaux, en ce que la succession serait partagée, et en ce qu'elle serait restituée, en partie, avant la mort des deux institués; qu'il faut donc déclarer les demanderesses mal fondées;

» Attendu que, cela posé, il est inutile de s'occuper de la question de garantie; et que, quant aux dépens, ils doivent naturellement tous retomber sur les dames demanderesses, qui ont introduit l'instance et qui ont succombé;

» Le tribunal déclare les parties de Bruzac (les dames Bonnefoux et Jouanisson) mal fondées dans leurs demandes, fins et conclusions, en relaxe les défendeurs; ce faisant, déclare n'y avoir lieu de prononcer sur les garanties, et condamne les parties de Bruzac aux dépens envers toutes parties ».

Les dames Bonnefoux et Jouanisson appellent de ce jugement.

Sur cet appel, la dame Saunhac, les frères

de Bertrand-Crozefon, et la dame Carbonnier, épouse de l'un d'eux, font cause commune.

Ils soutiennent que les dames Bonnefoux et Jouanisson sont non-recevables; que la dame Jouanisson l'est spécialement parcequ'elle n'attaque pas le jugement du 1er frimaire an 11, qui a admis sa renonciation à la succession de son père; et qu'elles le sont toutes deux, parceque Pierre de Bessières de Casseneuil, père de l'une et beau-père de l'autre, a reconnu, par les actes de 1780 et 1782, rappelés ci-dessus, que la Substitution contenue dans le testament du 11 avril 1775, n'avait pas été ouverte à son profit par le décès de la veuve de Laurière. A ces deux fins de non-recevoir, ils en ajoutent une troisième, qu'ils font résulter de l'art. 4o du tit. 1er de l'ordonnance de 1747; mais ils déclarent ne la proposer *que dans l'intérêt des acquéreurs.*

Ils appellent incidemment du jugement du 10 janvier 1811, en ce qu'il n'a pas déclaré les dames Bonnefoux et Jouanisson purement non-recevables.

Enfin, ils concluent à la confirmation de ce jugement.

Les autres intimés adhèrent à ces différentes conclusions, et en prennent de subsidiaires en garantie contre la dame Saunhao, les frères de Bertrand-Crozefon et la dame Carbonnier.

De leur côté, les dames Bonnefoux et Jouanisson reproduisent les conclusions qu'elles ont prises en première instance, et demandent spécialement qu'il soit ordonné « que, » par les mêmes experts, il sera procédé au » partage des meubles et effets, titres de » créance, or et argent dépendans de ladite » succession, et ce, sur l'état et consistance » que les sieurs et dame de Bertrand-Cro» zefon, épouse Saunhac, *parties principales* » *au procès*, seront tenus de rapporter dans » le délai de huitaine..... ».

La cause en cet état, arrêt de la cour d'appel d'Agen, du 6 avril 1811, ainsi conçu :

« Il est question de savoir,

» *Dans le droit*, 1o si les fins de non-recevoir, qui n'ont pas été proposées en première instance, peuvent être proposées sur l'appel, en examinant le mérite des fins de non-cevoir proposées;

» 2o Si la dame Jouanisson, ayant déclaré qu'elle procédait en qualité d'héritière de son père, et ayant repris l'hérédité répudiée, qui n'a été acceptée par personne, peut être déclarée non-recevable à raison de sa répudiation et des jugemens qui l'ont admise;

3o Si les actes faits par le sieur Pierre de Bessières, avant le 21 octobre 1779, époque du décès de la dame de Laurière, et postérieurement à cette époque, peuvent être regardés comme une renonciation par lui faite aux droits que réclament aujourd'hui les dames de Bessières et Jouanisson;

» 4o Si lesdites dames Bessières et Jouanisson ont pu assigner les acquéreurs des biens de Pierre Bessières, auteur de la Substitution, avant d'avoir fait déclarer leurs droits à la moitié des biens substitués;

» *Au fond*, 5o si le testament dudit Pierre de Bessières, du 11 avril 1775, contient une Substitution réciproque entre les deux héritiers grevés, qui ait pu empêcher le mâle existant dans la famille du frère du testateur, à l'époque du 21 octobre 1779, jour du décès de la dame de Laurière, de recueillir la moitié des biens substitués; s'il contient une Substitution réciproque tacite, et si cette Substitution pourrait être admise depuis l'ordonnance de 1747;

» 6o Si les dames veuve Bessières et Jouanisson ont droit de réclamer la restitution des fruits des immeubles et des objets mobiliers de toute espèce, dépendans de la Substitution; si cette restitution des fruits doit leur être accordée depuis le jour du décès de la dame de Laurière, ou seulement depuis le jour de la demande, avec intérêts;

» Attendu qu'il résulte du jugement attaqué, qu'il n'a été proposé nommément, en première instance, aucune fin de non-recevoir par les parties d'Hugon (les frères de Bertrand-Crozefon, la dame Carbonnier et la dame Saunhac), contre celles de Capuran (les dames Bonnefoux et Jouanisson); que, si l'on a conclu vaguement au rejet de l'action, soit par fin de non-recevoir, soit par relaxance, on ne peut considérer cette énonciation vague comme une opposition de fins de non-recevoir sur lesquelles le juge doit prononcer, ne pouvant le faire qu'autant que les parties lui font connaître celles dont elles exceptent, et ne pouvant les suppléer lui-même, puisqu'il dépend de toutes parties d'y renoncer, lorsqu'il en existe de réelles; d'où il suit que les fins de non-recevoir doivent être nommément exprimées, et que les exceptions au moins dilatoires, doivent être opposées, en première instance, avant toute défense au fond; et que, faute de l'avoir fait, on ne peut pas ensuite les proposer sur l'appel;

» Attendu que, quand même les fins de non-recevoir proposées par les parties d'Hugon, sur l'appel, seraient des exceptions

péremptoires, elles ne seraient pas mieux fondées au fond, et ne devraient pas être accueillies;

» 1° Celle prise de la renonciation faite par la dame Jouanisson à l'hérédité de son père, devrait être rejetée, parceque cette succession n'ayant été appréhendée par personne depuis la renonciation, la dame Jouanisson a pu la reprendre pendant trente ans, conformément au droit commun qui existait avant le Code civil, notamment à la jurisprudence du ci-devant parlement de Bordeaux, qui permettait, en ligne directe, de se jouer des successions pendant trente ans; et enfin, elle l'a pu en vertu de l'art. 790 du Code civil: ainsi, la dame Jouanisson n'a pas eu besoin d'attaquer le jugement qui avait sanctionné sa renonciation, ce jugement étant tombé de lui-même, par l'effet de l'acceptation postérieure;

» 2° Celle prise de actes faits par le sieur Bessières avec ou contre le sieur de Laurière, ne serait pas mieux fondée non plus, parcequ'il est de principe, en droit, que les actes doivent être circonscrits dans l'objet qui en a fait la matière; qu'on ne produit aucun acte duquel il résulte que le sieur Bessières ait traité avec le sieur de Laurière, sur ses droits à la remise de la moitié de la succession, au décès de la dame de Laurière; qu'il ne s'est élevé aucune contestation entre eux à cet égard; que le sieur Bessières n'a donc perdu, par ces actes, aucun des droits qu'il pouvait avoir au fidéicommis; que, si ledit Bessières a cru qu'il devait différer l'exercice de son droit, lorsqu'il aurait pu l'exercer de suite, cette croyance de sa part n'aurait pas pu le dépouiller d'une propriété qui lui aurait été acquise, et à laquelle il n'entendait certainement point renoncer, et n'a, dans le fait, renoncé directement ni indirectement; que d'ailleurs l'espérance qu'il avait de recueillir le tout après le décès du dernier grevé, aurait bien pu le déterminer à suspendre l'exercice de son droit, et éviter, par là, toute contestation avec le sieur de Laurière; mais que, quel que fût son motif, les énonciations dont on excipe, ne tombant que sur l'époque où ledit Bessières devait agir, ou celle où il ne voudrait agir que pour le tout, on ne peut les considérer comme un abandon volontaire d'un droit certain, et comme une renonciation à une propriété acquise; d'où il suit que, si ledit Bessières eût lui-même voulu former son action avant le décès du sieur de Laurière, celui ci n'aurait pu lui opposer ces actes comme une fin de non-recevoir, et que, par conséquent, ils ne peuvent être utilement opposés aujourd'hui à la dame Jouanisson;

» Sur le fond, attendu qu'il résulte de la clause du testament du sieur Pierre de Bessières, du 11 avril 1775, qui fait la matière du procès, que le testateur institue pour ses héritiers généraux universels, Toinette de Bessières, sa sœur, veuve Laurière, et Joseph de Laurière, son fils; que cette institution a saisi, au moment de la mort du testateur, ces deux héritiers, de son entière succession, par égales portions; et qu'un des héritiers n'a pu recueillir la portion dont avait été saisi le prédécédé, que par une autre disposition expresse du testament, qui la lui aurait transmise, disposition qui ne se trouve dans aucun des termes dudit testament;

» Attendu que, pour induire une Substitution réciproque entre les deux institués, de l'ensemble de la disposition, il faudrait qu'il en résultât une induction évidente et inévitable, parcequ'on ne pourrait supposer l'ordre successif entre la dame de Laurière, son fils et le substitué, qu'autant qu'il y aurait impossibilité, d'après les expressions employées par le testateur, d'admettre concurremment la vocation du substitué au partage de la succession du sieur Bessières, après le premier décédé, avec le survivant; qu'on ne peut tirer cette induction de la clause dudit testament, puisque le testateur, après avoir institué ses deux héritiers, les charge de remettre l'hérédité, le mot *remettre* se rapportant évidemment à l'un et à l'autre, et rien ne s'opposant à ce que remise soit faite, à la mort de chacun d'eux, de la portion qu'il a recueillie, de manière qu'à la mort du dernier des héritiers, le substitué se trouvât nanti de toute l'hérédité; que, si le testateur a voulu que ses héritiers jouissent conjointement, sans en faire division ni partage entr'eux, si ce n'est pour les revenus, cette disposition n'a trait qu'à la vie des deux héritiers, tant qu'ils vivront simultanément; mais qu'il s'en induit la conséquence nécessaire, qu'au décès de l'un d'eux, la portion du décédé ne peut point accroître au survivant, et doit appartenir à un autre qui ne peut être que celui qui est appelé à recueillir sa Substitution;

» Que telle a dû être nécessairement l'intention du testateur, puisqu'on ne voit pas qu'il ajoute au mot *remettre*, le mot *toute* l'hérédité, mais seulement l'*hérédité*, qui, étant divisée sur deux têtes dans l'institution, devait parvenir en son entier, dans deux temps, sur la tête du substitué, savoir, après le décès de l'un et de l'autre des institués,

expression qui, suivie du verbe *remettre*, qui se rapporte à chacun des institués, suppose nécessairement une remise particulière, faite par chacun d'eux à son décès, et ne peut, dans ce cas, offrir un sens collectif indivisible, parceque les deux héritiers étant institués pour remettre, la charge de remettre doit être de même nature que l'institution; que la volonté qui domine dans cette clause, est celle que l'entière hérédité du testateur rentre dans sa famille mâle; que cette volonté est si bien exprimée et manifestée, que le testateur ne met à la remise aucune condition dépendante du fait des institués, la mort ne pouvant être considérée comme une condition; mais qu'il est visible que peu importait au testateur que son hérédité parvînt au substitué à deux temps, pourvu qu'elle y parvînt en entier; enfin, qu'il résulte évidemment de la clause du testament, que le testateur entendait borner ses bienfaits, en faveur des institués, à la jouissance, pendant la vie de chacun d'eux, de la portion de l'hérédité qu'il avait recueillie;

» Attendu que, s'il fallait considérer l'affection présumée du testateur, on la voit toute dirigée sur les mâles de sa famille, et au premier rang, sur ceux de la famille de son frère, puisqu'il les préfère même aux enfans des institués, s'ils en avaient, et qu'il veut, d'une manière bien absolue, que la succession leur parvienne, sans que les institués puissent l'empêcher par aucun de leurs faits personnels; et que, dans ce cas, lorsqu'il voulait si impérieusement que les mâles de la famille de son frère eussent son entière hérédité, il serait bien absurde de penser, pour nous servir des termes de la loi, qu'il n'ait pas voulu, à plus forte raison, qu'ils en eussent la moitié dans un autre cas, surtout lorsque, dans ce dernier, la vocation du substitué ne faisait que rétablir l'ordre des successions légitimes, qui eût appelé à celle de Pierre de Bessières, sa sœur ou son fils, et les représentans de Bessières son frère, auquel elle eût été naturellement dévolue, en deux portions égales, si Pierre de Bessières était décédé intestat; d'où l'on doit conclure évidemment que, soit que l'on considère les expressions dont le testateur s'est servi, soit que l'on considère sa volonté bien manifestée dans son testament, le mâle de la famille de son frère, qui vivait au décès de la dame de Laurière, a recueilli la moitié de la succession, que celle-ci était chargée de remettre;

» Attendu, néanmoins, qu'aux termes de l'art. 40, tit. 1er, de l'ordonnance de 1747, les fruits ne sont dus au fidéicommissaire, que du jour de la demande en délivrance du fidéicommis;

» Attendu que les parties d'Hugon ne se sont point plaintes que la demande en délivrance ou remise du fidéicommis, n'ait point été formée de la manière prescrite par les art. 35, 36 et 37, tit. 2, de l'ordonnance précitée; que, si elles ont dit que les parties de Capuran n'avaient pas pu cumuler la demande en délivrance, avec l'action dirigée contre les tiers-acquéreurs, elles ont ajouté que, quant à ce qui les concernait, elles abandonnaient tout moyen pris de la forme sur la demande en délivrance, et qu'elles se bornaient à opposer une fin de non-recevoir dans l'intérêt des tiers-acquéreurs, prise de ce qu'aux termes du susdit art. 40, l'action en éviction n'a pu être formée contre les tiers-acquéreurs, qu'après avoir obtenu la délivrance du fidéicommis;

» Attendu que, si l'on peut soutenir que cette exception a été couverte par la somption de cause et par l'instruction des garanties, néanmoins il est vrai de dire que la demande en éviction a été trop précipitée, puisqu'il pourrait arriver que, par le partage de la succession du sieur Bessières, qui sera fait entre les parties de Capuran et celles d'Hugon, la remise du fidéicommis rende sans effet la demande en éviction; ce qui serait réellement, si tous les objets vendus tombaient dans le lot des parties d'Hugon, ou que l'éviction ne pourrait avoir lieu que pour les objets qui tomberaient dans le lot des parties de Capuran; qu'ainsi, si l'ordonnance de 1747 ne s'opposait pas absolument à ce que l'on appelât les tiers-acquéreurs dans la cause en remise du fidéicommis, pour y défendre leurs droits, s'ils le jugeaient à propos, sauf à renvoyer à prononcer sur la demande en éviction après la délivrance, et si on ne leur faisait aucun grief sur cela, il est toutefois évident qu'il ne peut être prononcé sur la demande en éviction, que lorsque, par l'effet du partage, la délivrance du fidéicommis aura eu lieu; mais que le tribunal de première instance n'ayant rien jugé sur ce point, et la cause se traitant sur l'appel, pour y être discutée et jugée, comme elle aurait pu l'être en première instance, les parties d'Hugon n'avaient pas besoin d'interjeter incidemment appel du jugement pour faire admettre leur exception à cet égard, cette exception tombant, dans le droit, à juger si la dame Jouanisson était admise au partage de la succession du sieur Bessières;

» La cour, sans s'arrêter à l'appel incident, disant au contraire droit de l'appel principal,

met cet appel et ce dont est appel au néant; émendant, et sans avoir égard aux fins de non-recevoir, déclare que la Substitution apposée dans le testament du sieur Bessières, du 11 avril 1775, a été ouverte au décès de la dame Bessières, veuve de Laurière, pour la portion que celle-ci avait recueillie dans ladite succession, et que la moitié de cette succession a été dévolue par ce décès au père et mari des parties de Capuran, en vertu de ladite Substitution; en conséquence, ordonne que, par des experts dont les parties conviendront, dans le délai de trois jours de la signification de l'arrêt, et faute d'en convenir, par les sieurs Fabre-Lanauze, notaire à Casseneuil, Briet et Bosc, notaires à Villeneuve, qui, dans ce cas, demeureront nommés d'office, il sera procédé à la consistance, fixation et estimation de la succession tant mobilière qu'immobilière de feu Pierre de Bessières, sur l'état et consistance qui en sera fourni par les parties d'Hugon, et en défaut, par celle de Capuran; sauf, dans l'un et l'autre cas, la preuve des soustractions, omissions ou latitations, qui demeure réservée à toutes parties, pour être fait partage par lesdits experts de ladite succession en deux portions égales, dont l'une sera délivrée aux parties de Capuran, et l'autre à celles d'Hugon, dans les formes voulues par la loi; quoi faisant, condamne les parties d'Hugon à faire la délivrance de la portion qui échoira aux parties de Capuran; à leur remettre et délaisser tout ce qui composera leur lot, tant en meubles et effets, titres de créance, or, argent, qu'en immeubles dépendans de ladite succession, et à leur restituer les fruits et intérêts depuis le jour de la demande en remise du fidéicommis, formée par les parties de Capuran, lesquels seront appréciés et liquidés par les mêmes experts, dans la forme voulue par la loi; ordonne que lesdits experts prêteront serment devant le juge de paix de Villeneuve; et quant à la demande en éviction formée contre les tiers-acquéreurs, déclare n'y avoir lieu de prononcer, quant à présent et jusqu'après le partage de ladite succession.... ».

La dame Saunhac, les frères de Bertrand-Crozefon et la dame Carbonnier se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Deux moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 24 juin 1812) vous sont proposés par les demandeurs : dans la forme, contravention à l'art. 4o du tit. 1er de l'ordonnance de 1747; au fond, violation de la loi 87, §. 2, D. *de legatis* 2o.

» Le premier de ces moyens est particulier aux frères de Bertrand-Crozefon et à la dame Carbonnier; le deuxième leur est commun avec la dame Saunhac. Notre devoir est de les discuter successivement.

» L'art. 4o du tit. 1er de l'ordonnance de 1747 *déclare que le fidéicommissaire, même à titre universel, ne sera point saisi de plein droit. Mais il sera tenu* (ajoute-t-il) *d'obtenir la délivrance ou la remise du fidéicommis; et les fruits ne lui seront dus en conséquence dudit fidéicommis, que du jour de l'acte par lequel l'exécution de la Substitution aura été consentie, ou de la demande qu'il aura formée à cet effet, sans qu'il puisse évincer les tiers-possesseurs des biens compris dans la Substitution, qu'après avoir obtenu ladite délivrance ou remise, et avoir satisfait à ce qui sera prescrit par les art.* 35, 36 *et* 39 *du tit.* 2 *de la présente ordonnance*, c'est-à-dire, qu'après avoir obtenu, du juge de la situation des biens, une ordonnance d'envoi en possession, en rapportant l'acte de publication et d'enregistrement de la Substitution et un extrait de la clôture de l'inventaire fait après le décès du substituant.

» Que ces dispositions soient encore applicables aux demandes en éviction de tiers-possesseurs fondées sur des Substitutions abolies par la loi du 14 novembre 1792, et qu'en conséquence un tiers-acquéreur puisse encore aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1747, opposer au substitué qui le poursuit en délaissement, le défaut de délivrance et d'envoi en possession préalable, c'est ce que la cour a jugé, le 3 janvier 1810, en rejetant le recours en cassation du sieur Debouzet contre un arrêt de la cour d'appel de Paris qui l'avait déclaré non-recevable, quant à présent, à évincer le sieur Dijon, tiers-acquéreur, en vertu d'une Substitution ouverte à son profit en 1790, de laquelle il n'avait encore obtenu ni délivrance ni envoi en possession.

» Mais de là s'ensuit-il que vous devez, en ce moment, admettre le recours en cassation formé contre l'arrêt de la cour d'appel d'Agen du 6 avril 1811?

» L'affirmative n'éprouverait aucune difficulté, si les tiers-acquéreurs poursuivis par les dames Jouanisson et Bonnefoux, eussent fait ce qu'avait fait avant eux le sieur Dijon; si, comme lui, ils avaient opposé aux dames Jouanisson et Bonnefoux l'exception dilatoire qu'ils pouvaient tirer de l'art. 4o du tit. 1er de l'ordonnance de 1747.

» Mais ces tiers-acquéreurs ont suivi une autre marche. Assignés en désistement des biens grevés de la Substitution créée par le tes-

tament de Pierre de Bessières, ils se sont bornés, devant les premiers juges, à demander que les dames Jouanisson et Bonnefoux fussent déclarées *non-recevables et mal fondées* dans leur action, et à prendre, pour le cas où cette action serait accueillie, des conclusions récursoires contre leurs vendeurs respectifs.

» Sur quel fondement prétendaient-ils que les dames Jouanisson et Bonnefoux étaient *non-recevables*? Ils ne l'ont pas expliqué; ils n'ont même rien dit qui pût mettre les premiers juges à portée de suppléer à leur silence, ce qu'ils auraient pu faire, par exemple, en demandant d'être mis, quant à présent, hors de cause.

» Dès-lors, qu'eussent dû faire les premiers juges, s'ils avaient trouvé les dames Bonnefoux et Jouanisson *fondées* dans leur demande? Ils auraient dû prononcer comme l'a fait depuis la cour d'appel d'Agen: ils auraient dû décider que les tiers-acquéreurs avaient renoncé à l'exception dilatoire dont il s'agit.

» Car, il n'en faut pas douter, la disposition citée de l'ordonnance de 1747 empêche bien qu'un tiers-acquéreur soit *évincé*, c'est-à-dire, dépossédé de fait, avant que la délivrance du fidéicommis ait été accordée à l'amiable ou par jugement; mais elle n'empêche nullement qu'un tiers-acquéreur, assigné en éviction avant que cette formalité ait été remplie, reste dans la cause et assiste au jugement de la contestation principale entre le fidéicommissaire et l'héritier du grevé. Eh! Comment pourrait-elle l'en empêcher? Elle nuirait, en cela, au tiers-acquéreur lui-même. Le tiers-acquéreur a le plus grand intérêt que la contestation principale ne soit pas jugée sans lui; il a le plus grand intérêt que, dans cette contestation, il ne s'établisse pas, entre le prétendant au fidéicommis et l'héritier du prétendu grevé, une collusion par l'effet de laquelle il serait ensuite dépossédé injustement. Le juge doit donc croire, toutes les fois que le tiers-acquéreur se tait sur l'exception dilatoire dont la loi lui permet de se servir, qu'il renonce à cette exception. Le juge ne peut donc pas suppléer cette exception, lorsqu'elle est omise par le tiers-acquéreur.

» Cette conséquence, évidente par elle-même, en amène une autre qui ne l'est pas moins: c'est que le tiers-acquéreur qui, en première instance, a renoncé, en ne la proposant pas, à l'exception dilatoire qu'il pouvait tirer de l'art. 4o du tit. 1er de l'ordonnance de 1747, ne peut plus la proposer en cause d'appel.

» Au surplus, et ceci est très-remarquable, les frères de Bertrand-Crozefon et la dame Carbonnier n'ont pas même proposé cette exception en cause d'appel pour leur propre compte: ils ne l'ont proposée que *dans l'intérêt* de ceux *des tiers-acquéreurs* qui les avaient assignés en garantie; et ils ont expressément *ajouté* (ce sont les propres termes de l'arrêt de la cour d'appel d'Agen) *que, quant à ce qui les concernait, ils abandonnaient tout moyen pris de la forme sur la demande en délivrance.*

» Dans ces circonstances, qu'a dû faire la cour d'appel d'Agen? Elle a dû considérer, et elle a considéré en effet, que les tiers-acquéreurs qui avaient assigné en garantie les frères de Bertrand-Crozefon et la dame Carbonnier, ayant renoncé en première instance à l'exception dilatoire proposée dans leur intérêt et par ceux-ci en cause d'appel, cette exception n'était plus recevable. Mais elle a dû considérer en même temps, et elle a en effet considéré, que ces tiers-acquéreurs ne devaient pas être directement condamnés au délaissement des biens dont il était question, et qu'ils ne devraient l'être que dans le cas où du partage à faire entre les héritiers du fidéicommissaire et les héritiers du grevé, résulterait la nécessité de recourir jusqu'à eux pour compléter le lot de la partie fidéicommissée de la succession de Pierre de Bessières. En conséquence, elle a rejeté l'exception dilatoire proposée dans l'intérêt des tiers-acquéreurs, et néanmoins elle a déclaré qu'il n'y avait pas lieu, quant à présent et tant que le partage ne serait pas fait, de faire droit sur la demande en éviction formée contre eux.

» Par cette manière de prononcer, la cour d'appel d'Agen a sagement et justement concilié le droit que les héritiers du fidéicommissaire avaient acquis, en première instance, par le fait des tiers-acquéreurs, de les faire rester dans la cause jusqu'à la fin, avec le droit que l'ordonnance de 1747 assurait aux tiers-acquéreurs, de ne pouvoir être évincés qu'après la délivrance du fidéicommis; droit qui, tenant au fond, formait pour eux une exception péremptoire, et qu'ils pouvaient par conséquent faire valoir en tout état de cause.

» Mais, s'écrient les frères de Bertrand-Crozefon et la dame Carbonnier, pourquoi donc la cour d'appel d'Agen ne nous a-t-elle pas traités comme les tiers à qui nous avions nous-mêmes vendu les biens grevés de Substitution que nous avions achetés de l'héritière du sieur de Laurière fils? Pourquoi donc nous a-t-elle condamnés directement à concourir avec la dame Saunhac au rapport et au délaissement de la partie de la succession de Pierre de Bessières qu'elle a jugé avoir été fidéicommissée dans la personne de la veuve de Laurière, au

profit du sieur de Bessières de Casseneuil? Pourquoi donc nous a-t-elle assimilés, nous qui ne sommes également que des tiers-acquéreurs, à la dame Saunhac, héritière de l'héritière du sieur de Laurière fils?

» Pourquoi? Par une raison très-simple : parceque les frères de Bertrand-Crozefon et la dame Carbonnier s'étaient présentés devant les premiers juges et devant la cour d'appel, non comme tiers-acquéreurs, mais comme étant de la même condition que la dame Saunhac, et par conséquent comme ses cohéritiers; parceque, devant les premiers juges, tout en déclarant prendre le fait et cause de ceux des tiers-acquéreurs qui les avaient assignés en garantie, ils n'avaient pris eux-mêmes aucunes conclusions en arrière-garantie contre la dame Saunhac, ce qu'ils auraient dû faire, ce qu'ils eussent fait, si la dame Saunhac n'eût pas été leur co-héritière, ou si du moins ils eussent voulu qu'elle ne fût pas considérée comme telle; parceque, devant la cour d'appel, se défendant par le ministère du même avoué que la dame Saunhac, et faisant cause commune avec elle, ils avaient articulé, dans un mémoire signifié le 1er avril 1811 et rappelé dans l'arrêt de la cour d'Agen, que par la mort d'Ursule de Bertrand, veuve et héritière universelle du sieur de Laurière fils, tous les biens provenans de la succession du testateur Pierre de Bessières, avaient été *transmis à la dame Ursule de Bertrand-Crozefon, épouse Saunhac*, ET AUX SIEURS JEAN-BAPTISTE, AUTRE JEAN-BAPTISTE ET JOSEPH-FRANÇOIS DE BERTRAND-CROZEFON; expressions qui annonçaient manifestement un mode de transmission homogène pour les frères de Bertrand-Crozefon et pour la dame Saunhac; expressions qui, par conséquent, ne permettaient pas de regarder les frères de Bertrand-Crozefon comme tiers-acquéreurs; parceque, devant la cour d'appel, non-seulement les frères de Bertrand-Crozefon, mais encore la dame Carbonnier, épouse de l'un d'eux, avaient dit, de concert avec la dame Saunhac, *que, quant à ce qui les concernait, ils abandonnaient tout moyen pris de la forme sur la demande en délivrance, et qu'ils se bornaient à opposer une fin de non-recevoir*, DANS L'INTÉRÊT DES TIERS-ACQUÉREURS, *prise de ce qu'aux termes du susdit art. 4o, l'action en éviction n'a pu être formée contre les tiers-acquéreurs, qu'après avoir obtenu la délivrance du fidéicommis;* parcequ'en s'expliquant ainsi, les frères de Bertrand-Crozefon et la dame Carbonnier forçaient, en quelque sorte, leurs adversaires et la cour d'appel elle-même de les placer hors de la classe des tiers-acquéreurs, et de les traiter comme co-héritiers de la dame Saunhac.

» Qu'en les traitant comme tels, la cour d'appel se soit trompée, cela peut être; mais, 1o à qui en est la faute, si ce n'est à eux-mêmes; 2o il ne peut y avoir là qu'une erreur de fait, et jamais une erreur de fait, quelque graves qu'en soient les suites pour la partie au préjudice de laquelle on l'a commise, ne peut donner ouverture à la cassation d'un jugement en dernier ressort.

» Le premier moyen de cassation des demandeurs est donc insoutenable à tous égards.

» Le deuxième n'est pas mieux fondé.

» Les demandeurs prétendent qu'en jugeant que le testament de Pierre de Bessières ne contenait pas une Substitution réciproque tacite, en faveur de la veuve de Laurière et de son fils, la cour d'appel d'Agen a violé la loi 87, §. 2, D. *de legatis* 2o; et elle l'aurait effectivement violée, si l'espèce dont s'occupe cette loi, était parfaitement semblable à celle de la cause.

» Que dit la loi 87, §. 2, D. *de legatis* 3o? Que, si un testateur lègue un fonds à Pierre et à Jacques, et charge le dernier mourant des deux de remettre le fonds à Antoine, il y a dans sa disposition, non-seulement un fidéicommis exprès au profit d'Antoine, mais encore un fidéicommis tacite et réciproque au profit de celui des deux légataires, Pierre et Jacques, qui survivra l'autre; parcequ'il serait impossible au survivant des deux de remettre la totalité des fonds à Antoine, si la portion du prédécédé ne lui avait pas été remise : *nemo oneratus nisi honoratus.*

» Qu'a dit, dans notre espèce, le testateur Pierre de Bessières? Que celui des deux héritiers institués qui survivrait à l'autre, remettrait la totalité de l'hérédité au substitué qu'il appelait? Non : il a pu le penser, mais il ne l'a point exprimé formellement. Donc point d'identité entre notre espèce et celle de la loi citée par les demandeurs. Donc point de contravention à cette loi de la part de la cour d'appel d'Agen.

» Pour trouver, entre l'espèce de cette loi et la nôtre, une ressemblance tellement parfaite qu'elle entraînât la nécessité d'appliquer à la seconde la décision de la première, la cour d'appel d'Agen aurait eu besoin d'interpréter dans le sens des demandeurs, les termes employés par le testateur Pierre de Bessières. Mais si elle a pu les interpréter dans le sens des demandeurs, elle a pu aussi les interpréter dans le sens des dames Bonnefoux et Jouanisson: Car, dans l'interprétation des actes,

et surtout dans le jugement des questions de volonté, rien ne peut gêner la conscience des magistrats : *voluntatis quæstio in æstimatione judicis est,* dit la loi 7, C. *de fideicommissis.*

» Ce n'est pas, du reste, qu'on ne puisse peut-être justifier, même par des textes du droit romain, l'interprétation donnée par la cour d'appel d'Agen aux expressions du testateur.

» Et d'abord, de ce que le testateur a voulu que la veuve de Laurière et son fils jouissent indivisément des biens qu'il leur laissait, s'ensuit-il que son intention a été de les grever l'un envers l'autre d'un fidéicommis réciproque? Non, car il savait ou devait savoir que la veuve de Laurière et son fils seraient maîtres de ne pas respecter la défense qu'il leur faisait de partager les biens qu'il leur laissait; et il est évident qu'on ne peut pas induire un fidéicommis d'une clause qui n'est pas obligatoire; il est évident que, d'une clause qui ne produit aucune obligation, on ne peut pas faire résulter un lien fidéicommissaire.

» Nous disons que la veuve de Laurière et son fils n'étaient pas liés par la défense que leur avait faite le testateur de partager sa succession; et en effet, quelque respect que les lois romaines montrassent pour les dernières volontés des mourans, elles ne laissaient cependant pas aux testateurs le pouvoir de forcer leurs héritiers à demeurer toute leur vie dans l'indivision. La loi 4, D. *de conditionibus institutionum*, dit bien qu'un testateur peut, en instituant plusieurs héritiers, leur imposer la condition de jouir en commun de sa succession pendant un temps limité; mais par là même, elle fait assez entendre que la condition serait nulle, si elle avait pour objet d'empêcher à jamais tout partage. C'est d'ailleurs ce qu'établissent tous les interprètes par un raisonnement très-simple : il est constant que les testateurs ne peuvent pas, par leurs testamens, imposer à leurs héritiers des conditions que ceux-ci ne pourraient pas s'imposer à eux-mêmes par des conventions passées entr'eux; or, quoique l'on puisse convenir de demeurer dans l'indivision pendant un certain temps, on ne peut néanmoins pas convenir d'y demeurer toute la vie; et une telle convention ne serait pas obligatoire. C'est ce que décide la loi 14, §. 2 et 3, D. *communi dividundo*, et vous savez que l'art. 815 du Code civil a érigé cette décision en loi nationale.

» Ensuite, peut-on ici induire le fidéicommis réciproque, de la clause par laquelle le testateur ordonne que ses deux héritiers remettront l'hérédité à un tiers, après la mort de l'un et de l'autre? Pas davantage, et pourquoi? Parceque, à défaut de preuve positive que le testateur ait voulu charger le survivant de remettre la totalité de la succession, les mots *après la mort de l'un et de l'autre*, ne peuvent s'entendre que dans un sens distributif.

» Il y a là-dessus un texte célèbre du droit romain.

» La loi 78, §. 7, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, pose cette espèce. Un testateur, après avoir institué Gaïus Seïus dans la moitié, et Lucia Titia dans un quart de sa succession, s'exprime ainsi : *Je vous charge, Gaïus Seïus et Lucia Titia, de rendre, à Titius et à Sempronius, après votre mort,* POST OBITUM VESTRUM, *la moitié de ce que je vous laisse.* Le testateur mort, Gaïus Seïus et Lucia Titia acceptent leur institution. Gaïus Seïus meurt ensuite, laissant Lucia Titia héritière universelle de ses biens. Question de savoir si, dès ce moment, Lucia Titia doit remettre à Titius et à Sempronius la moitié de ce que Gaïus Seïus a retiré de la succession de leur commun bienfaiteur; ou si, au moyen de ce que la remise ordonnée par leur commun bienfaiteur, ne doit avoir lieu qu'après leur mort, *post obitum vestrum*, elle a le droit de jouir toute sa vie, comme substituée réciproquement à Gaïus Seïus, de la portion fidéicommissée au profit de Titius et de Sempronius: *quæsitum est, cùm utrique adierint hereditatem, et posteà Gaïus Seïus defunctus sit, Luciâ Titiâ herede institutâ, an hæc Lucia Titia partem dimidiam semissis quam rogatus erat Gaïus Seïus restituere protinùs debeat; an verò post suam demùm mortem, universum fideicommissum, tam ex suâ personâ quàm Gaïi Seïi datum restituere debeat?* La loi répond que Lucia Titia n'est point substituée réciproquement à Gaïus Seïus et; qu'en conséquence, elle doit, à l'instant même, remettre le fidéicommis dont Gaïus Seïus était grevé: *Respondit Luciam Titiam statim teneri ut partem dimidiam semissis ex personâ Seïi restituat.*

» Assurément, dans cette espèce, les mots *post obitum vestrum*, répondent bien aux mots *après le décès de l'un et de l'autre*, qui sont employés dans le testament de Pierre de Bessières. Car le pronom *vestrum* est collectif, et en disant, *post obitum vestrum*, le testateur, dont parle la loi romaine, est censé avoir dit, *après la mort de l'un et de l'autre de vous, après la mort de vous deux.* Cependant la loi décide que ces termes doivent être entendus dans un sens distributif, et qu'ils

sont synonymes de ceux-ci, *après la mort de chacun de vous.*

» C'est ce qui fait dire à Pothier, *Traité des Obligations*, n° 101 : *Dans les contrats*, de même que dans les testamens, *une clause conçue au pluriel, se distribue souvent en plusieurs clauses singulières. Par exemple, si, par le contrat de donation que j'ai fait à Pierre et à Paul, mes domestiques, d'un certain héritage, il est dit :* à la charge qu'après leur mort, sans enfans, ils le restitueront au donateur, ou à sa famille, *cette clause conçue au pluriel, se distribue en ces deux clauses singulières,* à la charge que Pierre, après sa mort, sans enfans, restituera l'héritage, pour la part qu'il a eue, au donateur, etc., *et pareillement*, à la charge que Paul, après sa mort, sans enfans, restituera, etc ; *par argument tiré de la loi* 78, §. 7, D. *ad senatus-consultum Trebellianum.*

» Et si on le décidait ainsi dans le droit romain qui admettait les Substitutions conjecturales, à combien plus forte raison doit-on le décider de même, depuis que l'ordonnance de 1747 a formellement proscrit, par son préambule, toutes les conjectures sur lesquelles on se fondait, avant elle, pour créer ou étendre des Substitutions.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs, et de les condamner à l'amende ».

Par arrêt du 24 juin 1812, au rapport de M. Lefessier-Grandprey,

« Sur le premier moyen, attendu qu'il n'est pas dans l'intérêt des réclamans, qui ne sont pas tiers-acquéreurs, mais héritiers ;

» Sur le second moyen, attendu qu'il s'agissait, au procès, d'une question de volonté, dont l'interprétation est abandonnée par la loi aux lumières et à la conscience des tribunaux et des cours d'appel, et qu'une telle interprétation ne peut donner ouverture à cassation ;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

VI. Du principe sur lequel est fondée la disposition de l'art. 40 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, sort naturellement la solution d'une difficulté qui peut se rencontrer fréquemment : c'est de savoir à qui du substitué ou des représentans du grevé, appartient la jouissance provisoire des biens fidéicommissés, en attendant la liquidation de leurs droits respectifs.

Voici ce que porte là-dessus l'art. 41 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 : « Lorsqu'il écherra » de procéder à la distinction des biens libres » et des biens substitués, et à la liquidation » des détractions, les héritiers, représentans » ou ayant-cause de l'auteur de la Substitution, ou de celui qui en était chargé, auront » la jouissance provisoire des biens faisant » partie de la succession, jusqu'à ce que les- » dites distinction et liquidation aient été » faites : à l'effet de quoi, les juges régleront » le délai dans lequel il y sera procédé ; et après » l'expiration dudit délai, ils pourront ordonner que celui qui aura droit aux biens substitués, sera mis en possession de tout ou » partie desdits biens, ou y pourvoir autrement, ainsi qu'il appartiendra, suivant l'exigence des cas ».

SECTION XVI. 1° *De la remise des biens substitués, des objets qui doivent y entrer, des actions du substitué pour l'obtenir, et du cas où le grevé la lui fait avant l'échéance du fidéicommis.*

2° *Des distractions à faire par le grevé, lors de l'ouverture du fidéicommis.*

3° *Le substitué est-il tenu envers les créanciers de la succession, des intérêts qui ont couru pendant la jouissance du grevé ?*

I. Lorsque le fidéicommis est ouvert, et que le substitué en demande la délivrance, le grevé doit faire à celui-ci la remise des biens et des fruits qu'il en a perçus sans droit. (Loi 27, §. 11, D. *ad Trebellianum*).

Dans cette remise doivent entrer les choses que le grevé a reçues par suite de la disposition faite en sa faveur, quand même ce n'eût été qu'une dette naturelle, acquittée par le débiteur. (Loi 47, D. *eod. tit*).

Le grevé doit aussi rendre ce qu'il a manqué, par son dol ou sa faute, de recevoir. (Loi 108, §. 12, D. *de legatis* 1°).

Il doit pareillement rendre tout ce qui se trouve incorporé de droit aux biens substitués. Par exemple, qu'une illuvion formée pendant la condition, augmente un héritage, ce ne sera point le grevé personnellement, mais le fonds même de la Substitution qui profitera de cette augmentation. (Loi 16, D. *de legatis* 3°).

Ce qui est péri sans la faute du grevé, ne doit point entrer dans la remise. (Loi 22, §. 3, D. *ad Trebellianum*).

Il ne faut pas non plus y comprendre ce que le grevé n'a reçu que pour le remettre à un tiers, à l'acquit de la succession du substituant. Loi 29 (D. *de legatis* 3°).

Mais ne doit-il pas du moins restituer la chose qu'on lui a payée indûment et par erreur ?

Non, répond la loi 59, §. 1, D. *ad Trebellianum*, parcequ'il ne l'a reçue, ni comme héritier, ni à l'occasion de l'hérédité, mais uni-

quement par la méprise de celui qui la lui a payée, et à qui il peut être forcé, par l'action appelée *condictio indebiti*, d'en faire la restitution.

A qui du grevé ou du substitué profite la prescription acquise par le premier pendant sa jouissance ?

Il faut distinguer : ou l'objet prescrit est un bien fonds que le substituant avait commencé de posséder, ou c'est une légitime qu'il devait laisser à l'un de ses héritiers, ou c'est un legs qu'il a fait par son testament, ou c'est une dette dont il était personnellement grevé.

Dans les deux premiers cas, le bénéfice de la prescription doit être remis au substitué.

Dans les deux autres, il doit rester entre les mains du grevé.

[[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 9.]]

II. Le fidéicommissaire a, pour se procurer la remise du fidéicommis, trois sortes d'actions : la personnelle, la réelle et l'hypothécaire. *V.* l'article *Légataire*, §. 5.

III. Le grevé peut régulièrement faire cette remise avant que le fidéicommis soit ouvert. (Loi 15, D. *de annuis legatis ;* loi 19, D. *quæ in fraudem creditorum ;* loi 12, C. *de fideicommissis*).

On dit *régulièrement*, car si le substituant n'avait différé le temps de la restitution que pour l'avantage du fidéicommissaire, le grevé ne se libérerait point par une remise anticipée. (Loi 15, D. *de annuis legatis*).

Ainsi, dans l'ancien droit, où tout ce qui était donné aux enfans soumis à la puissance paternelle appartenait au père tant en propriété qu'en usufruit, le fidéicommis laissé au fils de famille, ne pouvait pas lui être restitué par anticipation, parcequ'en attendant, pour en faire la remise, le temps marqué par le substituant, il était possible qu'on le trouvat à cette époque émancipé, et par conséquent habile à recueillir lui-même la disposition faite en sa faveur : *Cùm possit, die fideicommissi cedente, sui juris constitutis ipsis debere restitui.* Ce sont les termes de la loi 114, §. 11, D. *de legatis* 1°.

IV. Du reste, la remise anticipée ne nuit pas aux créanciers du grevé. L'art. 42 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 porte que « la » restitution du fidéicommis, faite avant le » temps de son échéance, par quelque acte » que ce soit, ne pourra empêcher que les » créanciers du grevé de Substitution qui se- » ront antérieurs à ladite remise, ne puissent » exercer sur les biens substitués les mêmes » droits et actions que s'il n'y avait point eu » de restitution anticipée, et ce, jusqu'au » temps où le fidéicommis devait être resti- » tué ; ce qui aura lieu, même à l'égard des » créanciers chirographaires, pourvu que » leurs créances aient une date certaine avant » ladite remise ».

[[Le Code civil dit également, art. 1053, que « l'abandon anticipé de la jouissance au profit » des appelés, ne pourra préjudicier aux créan- » ciers du grevé antérieurs à l'abandon ».]]

V. On a vu plus haut, sect. 12, §. 3, art. 4, que la restitution anticipée ne peut pas nuire non plus aux tiers-acquéreurs des biens substitués.

Mais peut-elle nuire aux appelés entr'eux, en dérangeant l'ordre du fidéicommis ? Par exemple, un père a deux fils : il les charge de Substitution en faveur de leurs enfans respectifs, et à défaut d'enfans, en faveur de celui des deux qui survivra l'autre. L'un des grevés a des enfans à qui il remet, de son vivant, les biens qu'il a reçus pour eux de son père. Ces enfans meurent avant lui. Lorsqu'il décédera lui-même, son frère pourra-t-il demander que le fidéicommis soit déclaré ouvert à son profit ?

On dira pour la négative, que le substituant a borné la Substitution à un degré ; qu'elle a eu son effet dans la personne des enfans du grevé, par la remise anticipée que celui-ci leur en a faite ; et que, par conséquent, elle est éteinte pour toujours.

Nonobstant ces raisons, le frère survivant obtiendra sans difficulté la délivrance du fidéicommis. La remise anticipée équipolle bien à une ouverture, mais seulement envers le grevé qui la fait et le substitué qui la reçoit. Les tiers, quels qu'ils soient, ne peuvent pas en souffrir, parceque *nemo ex alterius facto prægravari debet.* C'est d'ailleurs ce que décide la loi 41, §. 12, D. *de legatis* 3°. Un héritier était chargé de restituer après son décès, les biens du testateur à Appia, ou, si elle prédécédait, à Valerianus. Au lieu de différer la restitution jusqu'au temps marqué, il la fait de son vivant à Appia, qui ensuite meurt avant lui. Question de savoir s'il est libéré envers Valerianus : la loi répond qu'il ne l'est pas.

Cette décision a été adoptée par un arrêt du 30 juin 1699, confirmatif d'une sentence du conseil provincial d'Artois. Cet arrêt, dit Maillart, art. 74, n° 192, « a jugé qu'une » sœur n'avait pu répudier le fidéicommis qui » lui était échu par le décès de son frère, en » faveur de son neveu, pour lors son héritier

» apparent, mais qui était décédé avant elle, » au préjudice de sa nièce, qui, au jour de » son décès, s'était trouvée la plus proche » héritière habile à succéder à sa tante ».

Un arrêt du parlement de Bordeaux, du 20 août 1725, a jugé « que la remise d'un » fidéicommis, faite par un père à son fils » (non émancipé), par un autre acte qu'un » contrat de mariage, est sujette à révoca- » tion ». Cet arrêt, dont on trouve les motifs à l'article *Puissance paternelle*, sect. 3, §. 4, nos 9 et suivans, est rapporté par Lapeyrère.

VI. Lorsque le grevé remet les biens au substitué, il peut, en pays de droit écrit, et même en quelques provinces régies par le droit coutumier, retenir sur ces biens une *quarte trébellianique*. *V.* ce mot.

Il peut aussi, quand le fidéicommis blesse la légitime, et qu'il a droit d'en prendre une, distraire tout ce qu'il faut pour la compléter.

Les avances qu'il a faites, soit en acquittant les dettes de l'hérédité, soit autrement, et les créances qu'il avait contre le substituant, forment encore une branche de distraction, mais différente des deux premières.

La trébellianique et la légitime se déduisent en nature, de manière que le grevé demeure propriétaire des biens, à proportion du montant de l'une et de l'autre.

Pour ses avances et ses dettes activés, le grevé ne peut les prendre qu'en deniers; mais il n'est obligé de restituer le fidéicommis, qu'autant que le fidéicommissaire lés lui rembourse toutes. (Loi 60, D. *de legatis* 1°, loi 59 et loi 80, D. *ad Trebellianum*).

VII. Les intérêts qui courent pendant la jouissance du grevé, sont incontestablement à sa charge; mais s'il néglige de les acquitter, les créanciers peuvent-ils revenir sur le substitué, et faire décréter les biens que celui-ci recueille en vertu du fidéicommis?

On dira pour la négative, qu'il est injuste d'assujétir le substitué à une charge qui pèse directement sur le grevé; que les intérêts devaient être pris chaque année sur les fruits que ce dernier percevait; que les créanciers ayant différé leurs poursuites, doivent se l'imputer à eux-mêmes, et que, si leur retardement à agir pouvait nuire au substitué, il dépendrait d'eux de réduire à rien tous les fidéicommis en laissant accumuler les intérêts pendant plusieurs années.

Mais ces raisons ne sont que plausibles; elles ne présentent que des inconvéniens, et tout le monde sait que de simples inconvéniens ne doivent pas l'emporter sur des principes.

C'est une maxime constante et inaltérable, que les dettes de la succession peuvent être prises sur les biens substitués, comme sur les biens libres. Or, les intérêts qui ont couru pendant la jouissance du grevé, sont certainement des dettes de la succession, puisqu'ils dérivent directement de l'obligation que le substituant avait contractée de les payer. Rien n'empêche donc qu'on n'en poursuive le recouvrement sur le substitué, même après qu'il a recueilli les biens, sauf son recours contre le grevé ou ses héritiers. C'est la décision expresse de la loi 58, D. *ad Trebellianum*, qui est tirée du liv. 9 des Réponses de Papinien; et il en a été ainsi jugé par un arrêt du parlement de Toulouse, du 10 mai 1635, rapporté dans le recueil de d'Olive, liv. 5, chap. 13.

En serait-il de même à l'égard des intérêts d'une légitime dont la succession substituée se trouverait chargée?

On sent que l'affirmative ne peut pas souffrir de doute; aussi a-t-elle été adoptée par un autre arrêt du parlement de Toulouse, du 9 juin 1637, qu'on trouve dans le recueil et à l'endroit cités.

Cette décision doit être même étendue aux intérêts des legs, parceque les legs échus sont de véritables créances. Tel est d'ailleurs l'avis du président Favre, dans son Code, liv. 6, tit. 26, déf. 13, et tit. 27, déf. 10.

Section XVII. *Des différentes manières dont s'éteignent les Substitutions fidéicommissaires.*

I. Quand le fidéicommis est conditionnel, il s'évanouit par le défaut de la *condition*. C'est la disposition expresse de la loi 49, §. 1, 2 et 3, D. *de legatis* 1°; et de la loi 21, D. *quando dies legatorum*. *V.* l'article *Condition*.

II. Il tombe également (aux termes de la loi 17, D. *de legatis* 2°, de la loi 10, §. 1, D. *de his quæ ut indignis*, de la loi 98, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, et comme on l'a déjà vu plus haut, sect. 1, §. 13, n° 3, et sect. 8, n° 11), quand l'appelé n'existe plus ou se trouve incapable au moment de l'ouverture; mais ce n'est qu'à l'égard de cet appelé: s'il en existe d'autres qui aient la capacité requise pour recueillir, le fidéicommis subsiste pour eux.

III. Il s'éteint aussi lorsqu'il est graduel, par l'épuisement des degrés auxquels les or-

donnances ont limité nos Substitutions. *V.* ci-devant, sect. 10, §. 4.

Les Substitutions en forme de majorats, s'éteignent par la défaillance de la ligne masculine et agnatique de ceux en faveur de qui elles ont été fondées. *V.* l'article *Majorat*, §. 6.]].

IV. L'anéantissement de la chose substituée fait sans contredit tomber le fidéicommis; mais, comme on l'a déjà dit, il faut pour cela qu'il n'y ait de la part du grevé ni dol ni fraude. C'est ce que décident la loi 26, §. 1, D. *de legatis* 1°, et la loi 22, §. 3, D. *ad Trebellianum.*

V. Le fidéicommis peut encore s'évanouir par la révocation qu'en fait le substituant. *V.* l'article *Révocation de substitution.*

VI. La renonciation du substitué est communément placée sur la même ligne. Mais il y a là-dessus quelques distinctions à faire.

Si la Substitution est ouverte, la renonciation du fidéicommissaire est irrévocable et doit avoir tout son effet, de quelque manière qu'elle soit conçue. (Loi 26, C. *de fideicommissis*).

Mais avant l'ouverture, il faut distinguer si la renonciation est faite par forme de pacte, ou si elle est pure et simple.

Dans le premier cas, elle est valable, et les conventions sous lesquelles elle a été faite, doivent être exécutées, n'importe que la condition du fidéicommis vienne, par la suite, à manquer ou à s'accomplir. (Loi 21, §. 4, D. *de pactis;* loi 1 et 16, C. *de pactis;* loi 11, C. *de transactionibus*).

Dans le second cas, la renonciation est nulle, et ne peut empêcher le substitué de venir au fidéicommis, lorsqu'il sera ouvert. C'est ce qui résulte de la loi 45, §. 3, D. *de legatis* 2°; et telle est la décision expresse de l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 28. « Celui » qui aura été appelé à une Substitution » fidéicommissaire, pourra y renoncer, soit » après qu'elle aura été ouverte à son profit, » soit *avant que le droit lui en soit échu;* » mais, *dans ce dernier cas,* la renonciation » ne sera valable, que lorsqu'elle sera faite » par acte passé devant notaire avec celui » qui se trouvera chargé de la Substitution, » ou avec le substitué qui sera appelé après » celui qui renoncera, duquel il restera mi- » nute, à peine de nullité ». *V.* l'article *Renonciation*, §. 2.

Du reste, la renonciation n'exclud que celui qui l'a faite. Ainsi, dit la loi 26, C. *de fideicommissis*, lorsqu'un fils est appelé après son père, la renonciation du père ne peut pas écarter le fils.

VII. C'est une règle générale, dans le droit romain, que la caducité de l'institution grevée emporte celle du fidéicommis. La loi 81, D. *de legatis* 2°, et la loi 39, §. 3, D. *de administratione et periculo tutorum*, en contiennent des dispositions expresses; et c'est précisément par cette raison que le sénatus-consulte Pégasien accorde au fidéicommissaire le droit de forcer l'héritier grevé d'accepter l'hérédité pour la rendre.

La loi 13, §. 4, D. *de testamento militis*, et la loi 42, D. *de fideicommissariis libertatibus*, exceptent de cette règle le testament militaire, et font valoir les fidéicommis qui y sont portés, quoique l'institué soit mort sans adition.

A cette exception, la loi 3, D. *de testamento militis*, en ajoute une autre: c'est que la clause codicillaire fait subsister le fidéicommis, malgré le défaut d'adition, parcequ'elle convertit le testament en codicille, et que par conséquent elle dispense de la nécessité de l'institution.

Dans notre usage, il faut distinguer les pays où l'institution d'héritier a lieu et vaut comme telle, de ceux où elle n'est exécutée qu'à titre de legs universel.

Dans les premiers, on suit la règle du droit romain, et les exceptions qu'elle admet. C'est ce que prouve l'art. 26 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747: « Dans tout testament autre » que le militaire, la caducité de l'institution » emportera la caducité *de la Substitution* » *fidéicommissaire* (1), si ce n'est lorsque le » testament contiendra la clause codicillaire ».

(1) Ces termes, *de la Substitution fidéicommissaire*, sont remarquables: il en résulte que la Substitution purement fidéicommissaire est la seule qui soit comprise dans la disposition de l'ordonnance; et en effet, cette loi ne peut pas frapper sur la Substitution compendieuse, puisque celle-ci contient nécessairement la vulgaire, et a son effet, comme telle, lorsque l'institution devient caduque.

C'est d'ailleurs ce que prouve l'extrait latin que M. le chancelier d'Aguesseau fit lui-même, à l'époque de la rédaction de l'ordonnance, des réponses qu'il avait reçues de toutes les cours sur les avis qu'il leur avait demandés. Voici comment il s'exprime, par rapport à la question décidée par notre article: *Ut quæstioni finis rectè statuatur, ponendum est primùm de Substitutione quam* compendiosam *vocare consueverunt juris interpretes, quæque verbo seu voce communi exprimitur*, substituo, *hic omninò non agi. Cùm enim hæc Substitutio omnia omnium Substitutionum genera vimque et substantiam com-*

Il faut cependant remarquer qu'en cette matière, nous n'étendons pas aussi loin que les Romains la signification du mot *caducité*. Dans le droit romain, l'institution était aussi bien caduque par la renonciation de l'institué, que par son décès avant le testateur, ou par son incapacité; et en conséquence, le fidéicommis dont elle était chargée, périssait également dans ces trois cas. Mais parmi nous, l'institution n'est pas regardée comme réellement caduque, quand l'institué y renonce, parcequ'au moyen de la règle, *le mort saisit le vif*, on peut toujours dire qu'il a été saisi de l'hérédité jusqu'au moment où il l'a abdiquée; et c'est pourquoi l'art. 27 du titre cité porte que « la renonciation de l'héritier ins-» titué, ou du légataire, ou du donataire » grevé de Substitution, ne pourra nuire au » substitué; lequel, audit cas, prendra la » place dudit héritier, légataire ou donataire, » soit qu'il y ait une clause codicillaire dans » le testament, ou qu'il n'y en ait point, et » pareillement, en cas de renonciation du » substitué, celui qui sera appelé après lui, » prendra sa place (1) ».

Quant aux pays coutumiers, où l'institué par testament n'est considéré que comme un légataire universel, pour savoir ce que doit opérer la caducité d'une institution grevée de fidéicommis, il faut examiner ce qu'opère à cet égard la caducité d'un legs.

Dans l'ancien droit romain, quand un legs devenait caduc, la Substitution fidéicommissaire dont il était chargé, s'évanouissait avec lui, parcequ'on tenait pour principe, que le testateur ayant chargé nommément telle personne de rendre les biens, il n'avait entendu ordonner cette restitution qu'autant que la personne nommée la ferait elle-même après avoir recueilli.

Mais, dans la suite, ce principe fut changé; et l'on établit pour règle générale, que la charge du fidéicommis passerait à celui qui profiterait des biens à la place du légataire grevé. C'est ce qui résulte de la loi 61, §. 1, D. *de legatis* 2°; de la loi 4, C. *ad Trebellianum*, et de la loi 1, §. 4 et 9, C. *de caducis tollendis*. Et, sur ce fondement, un arrêt du parlement de Paris, du 26 février 1715, rapporté au *Journal des Audiences*, a jugé que « le légataire étant décédé avant le testateur, » quoique, par ce moyen, son legs soit devenu » caduc, la charge de fidéicommis subsiste, » et l'héritier est tenu de l'acquitter, comme » aurait fait le légataire, s'il avait survécu » le testateur ».

« L'équité de cette règle (dit Thevenot) » se fait assez sentir. Dès que le titre consti-» tutif du fidéicommis est valable, malgré la » caducité du legs, il n'y a plus à chercher » que l'intention du testateur. Or, il est de » toute évidence que le testateur n'a pas » voulu que le fidéicommis fût éteint, parce-» que le légataire qu'il en chargeait, se trou-» verait décédé, ou incapable, ou renonçant. » Il a certainement préféré le fidéicommis-» saire, aussi bien que le légataire grevé, à » son propre héritier. Il a donc voulu que, » si le légataire grevé ne recueillait pas, la » chose substituée ne passât pas moins au » fidéicommissaire ».

Ce qu'on dit du legs en général, s'entend aussi bien du legs universel que du legs particulier. Ainsi, dans le très-grand nombre de coutumes où l'institution par testament ne vaut qu'à titre de legs universel, la caducité dont elle est frappée, ne peut pas rejaillir sur le fidéicommis qui en forme la charge.

C'est ce qui a été jugé par deux arrêts du parlement de Paris, du mois de février 1717 et du 1er février 1718.

Dans l'espèce du premier, « François Ro-» bert avait, par testament olographe, ins-» titué Louis Robert, son fils aîné, avec Subs-» titution au profit de François Robert, fils » de cet aîné. Le fils était décédé avant le » père, néanmoins la Substitution fut adjugée » au petit-fils ». Ainsi s'exprime le rédacteur du *Journal des Audiences*, tome 7, page 13, édition de 1733.

Le second arrêt est rapporté au même recueil dans l'ordre de sa date. Il juge « que, si » l'héritier institué, après le décès duquel il » y a des personnes appelées, meurt avant le » testateur, les personnes appelées ont la dis-» position ».

[[Aujourd'hui, l'institution d'héritier n'a, dans toute la France, que l'effet d'un legs universel. Ainsi, dans toute la France, le prédécès de l'institué laisse subsister la disposition par laquelle ses enfans ou l'un d'eux sont appelés après lui, conformément à la loi du 17 mai 1826.]]

---

pendio verborum complectatur, nullâ conversione opus est ut, directâ substitutione cessante vel caducâ, fideicommissaria locum habeat. DE SOLA IGITUR SUBSTITUTIONE FIDEICOMMISSARIA PROPRIÈ DICTA HÎC QUÆSTIO VERTITUR.

(1) On traitera à l'article *Succession*, sect. 1, §. 5, la question de savoir si l'héritier ou légataire qui a renoncé, peut rétracter sa renonciation au préjudice du substitué à qui elle a donné un droit actuel au fidéicommis.

SECTION XVIII. *Des procédures et des jugemens concernant les fidéicommis.*

I. Depuis l'ordonnance de 1747, la matière des Substitutions fidéicommissaires forme un cas royal; témoin l'art. 47 du tit. 2, qui porte : « Désirant pourvoir au bien des familles qui sont intéressées dans les Substitutions, et leur épargner les frais auxquels » elles seraient exposées par la multiplicité » des degrés de juridiction, voulons que toutes les contestations concernant les Substitutions fidéicommissaires, soient portées à » l'avenir en première instance dans nos bailliages, sénéchaussées ou autres siéges royaux » ressortissans nûment en nos cours de parlement et conseils supérieurs, à l'exclusion » des juges royaux subalternes, et de tous » juges seigneuriaux, même de ceux qui ressortissent nûment en nos cours et conseils » supérieurs, pour y être statué sur lesdites » contestations, à la charge de l'appel en nos» dits parlemens et conseils supérieurs ».

L'art. 48 ajoute : « N'entendons préjudicier par l'article précédent, au privilége » de *committimus*, lorsqu'il s'agira des demandes et contestations formées entre celui » qui sera appelé à la Substitution, et les héritiers ou représentans de l'auteur de la » Substitution, ou de celui qui en était » chargé; sans que ledit privilége puisse avoir » lieu à l'égard des demandes en revendication des biens substitués, ou en révocation » des aliénations faites par les grevés de Substitution, lorsque lesdites demandes seront » formées contre les tiers détenteurs, encore » que celui qui aurait formé lesdites demandes contre eux, y eût mêlé des conclusions » tendantes à faire déclarer la Substitution » ouverte en sa faveur ».

D'après ces dispositions, le parlement de Toulouse a décidé, par un arrêt du 26 février 1784, que les seuls juges royaux ressortissant nûment aux cours, étaient *compétens* pour connaître d'une demande en délaissement de certains biens où il s'agissait, par voie de suite, de prononcer la cassation d'une transaction faite en contravention à l'art. 53 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, quoique les biens ne fussent plus substitués à l'époque de cette demande.

Mais en érigeant, par les textes cités, la matière des fidéicommis en cas royal, le législateur a-t-il entendu attribuer aux juges dont nous venons de parler, privativement aux autres, tous les actes conservatoires qui intéressent les Substitutions, soit directement, soit indirectement?

Cette question a partagé long-temps les opinions des jurisconsultes et les décisions des tribunaux. Pour faire cesser toute incertitude sur un objet aussi important, Louis XVI a rendu, le 1er mai 1776, une déclaration ainsi conçue :

« Art. 1. Lorsqu'après le décès de celui qui aura fait une Substitution, l'apposition des scellés sur les effets, l'inventaire, ou autres actes conservatoires, seront requis par l'héritier institué, le légataire universel, ou l'appelé à la Substitution, conformément aux art. 1 et 2 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, et qu'à l'occasion desdites réquisitions, il ne s'élevera aucune contestation, lesdites appositions de scellés, inventaires et autres actes seront faits dans les formes ordinaires, et par les officiers qui y auraient procédé s'il n'y avait pas eu de Substitution, et ce, *encore que la Substitution fût connue avant qu'il soit commencé de procéder auxdits actes.*

» 2. L'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance des Substitutions sera exécuté; et conformément à icelui, en cas de négligence de ceux dénommés ci-dessus, il sera procédé, à la requête de notre procureur au siége royal déterminé par ladite ordonnance de 1747, aux appositions de scellés, inventaires et autres actes nécessaires, lesquels, audit cas, ne pourront être faits que par les juges royaux qui sont en droit et possession de les faire.

» 3. L'art. 6 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 sera pareillement exécuté; et en conséquence, lorsqu'à l'occasion de contestations élevées entre les parties intéressées, il y aura lieu de faire l'inventaire en justice, il ne pourra y être procédé que de l'autorité du siége royal, conformément audit art. 6, et ce encore que le scellé ait été apposé par un autre juge, lequel sera tenu audit cas de renvoyer les parties audit siége royal; et l'inventaire sera fait en présence de notre procureur audit siége, et des autres personnes qui doivent y être appelées.

» 4. Tout ce qui est prescrit par les art. 2 et 3 ci-dessus, sera également observé à l'égard des appositions de scellés, inventaires et autres actes conservatoires occasionnés par le décès de chacune des personnes successivement grevées, jusqu'à l'expiration des degrés auxquels s'étendra la Substitution.

» 5. N'entendons comprendre sous la désignation d'actes conservatoires, les enregistremens et publications des Substitutions, ni la nomination des tuteurs ou curateurs aux Substitutions, lesquels actes ne pourront être faits que dans les siéges royaux déterminés

nés par les art. 19, 20 et 21 du tit. 2 de ladite ordonnance de 1747 ».

Cette déclaration a été enregistrée au parlement de Paris, le 5 juillet 1776.

Elle ne l'a pas été au parlement de Flandre, parceque les dispositions de l'ordonnance de 1747, auxquelles elle sert d'interprétation, ne sont pas suivies en cette cour, et qu'il y a été dérogé, en ces termes, par l'art. 7 de la déclaration du 12 juillet 1749, qu'on a déjà citée : « Toutes les contestations concer-» nant les Substitutions fidéicommissaires qui » seront formées dans l'étendue desdits pays, » continueront d'être portées en première » instance devant les juges auxquels la con-» naissance en appartenait avant notredite » ordonnance, sans qu'elles en puissent être » évoquées en aucun cas, en vertu de *com-*» *mittimus* ou autre privilége : dérogeons, » par ce regard, aux dispositions des art. 47 » et 48 du tit. 2 de notredite ordonnance; » et désirant néanmoins pourvoir au bien » des familles desdits pays, et les faire jouir » de l'avantage que nous avons voulu pro-» curer à tous nos sujets, par la diminution » des degrés de juridiction en cette matière, » voulons que toutes les appellations qui se-» ront interjetées à l'avenir, des ordonnances » ou jugemens rendus ou à rendre sur ce qui » concerne lesdites Substitutions, ne puis-» sent être relevées ailleurs qu'en notredite » cour de parlement, encore que les juridic-» tions où elles auraient été rendues, n'y fus-» sent pas ressortissantes directement en » d'autres matières ».

Il existe une déclaration à peu près semblable pour la ville de Strasbourg.

En 1761, les préteurs, les consuls, et les autres officiers municipaux de cette ville, ont représenté au roi qu'elle était, avant la conquête de Louis XIV, du nombre des villes impériales; et qu'à ce titre, son magistrat y exerçait, ainsi que dans ses dépendances, une juridiction dans toutes sortes de matières; que les notaires qui y étaient établis, recevaient toutes sortes d'actes sans distinction; que, dans la capitulation du 30 septembre 1681, Louis XIV, après avoir conservé, par l'art. 2, les anciens priviléges, droits, statuts et coutumes, tant en matière ecclésiastique que politique, dont la ville de Strasbourg jouissait conformément au traité de Westphalie, avait aussi conservé à ce magistrat, par l'art. 4, la juridiction civile et criminelle qu'il exerçait; que les notaires établis dans la ville par le magistrat, avaient été maintenus dans l'exercice de leurs fonctions, concurremment avec les notaires royaux, par arrêt du conseil du 24 mai 1684, qui avait ordonné que ces officiers continueraient à les exercer comme ils avaient fait par le passé, et que foi serait ajoutée aux actes qu'ils auraient reçus, ainsi que s'ils avaient des provisions émanées de l'autorité royale; que, par les lettres-patentes du 29 juillet 1716, enregistrées au conseil supérieur d'Alsace, le 20 août suivant, le roi avait, en ordonnant l'exécution de la capitulation de 1681, maintenu et confirmé le magistrat de Strasbourg dans tous les droits, franchises et priviléges qui y sont portés, avec défense de l'y troubler; que, quoiqu'il n'eût pas été fait une exception expresse en faveur de la ville de Strasbourg dans l'ordonnance de 1747, ils avaient lieu de présumer que l'intention de sa majesté n'avait pas été de déroger, par ces dispositions générales, à des titres si solennels et si favorables; et que les habitans de Strasbourg en avaient été tellement persuadés, que, depuis la publication de cette ordonnance, ils avaient continué de s'adresser au magistrat pour faire publier et enregistrer les Substitutions, y avaient porté les contestations qui concernaient cette matière, et s'étaient servis des notaires ordinaires, soit pour les actes qui y avaient rapport, soit pour les inventaires et partages des biens chargés de Substitution; mais que s'étant élevé des doutes sur ce sujet, à l'occasion de contestations particulières, ils espéraient que sa majesté voudrait bien les faire cesser, en maintenant des prérogatives fondées sur des titres particuliers à cette ville, qui ne peuvent être appliqués à d'autres tribunaux.

Ces représentations ont été accueillies favorablement; et le 16 janvier 1761, le roi a donné une déclaration par laquelle il est dit que sa majesté n'a entendu rien innover, par les dispositions des art. 4, 6, 19 et 47 du tit. 2 de son ordonnance concernant les Substitutions fidéicommissaires, en ce qui concerne les droits, priviléges et juridiction du magistrat, et la concurrence accordée aux notaires de la ville de Strasbourg, avec les notaires royaux. « Voulons, en conséquence » (ajoute le législateur), que la publication » et l'enregistrement des actes portant Subs-» titution fidéicommissaire, continuent d'y » être faits, et que les contestations formées » et à former au sujet desdites Substitutions, » y soient portées et jugées en première ins-» tance, à la charge de l'appel en notre con-» seil supérieur d'Alsace, ainsi que par le » passé. Maintenons lesdits notaires dans le » droit et la possession de faire et recevoir,

» concurremment avec les notaires royaux, » tous inventaires, partages et autres actes » concernant les Substitutions et les biens qui » en sont chargés ».

Cette déclaration a été enregistrée au conseil supérieur d'Alsace, le 26 février 1761.

[[II. Aujourd'hui, les tribunaux civils d'arrondissement sont, dans toute la France, les seuls juges compétens en première instance, sauf l'appel aux cours dont ils ressortissent, de tout ce qui concerne les Substitutions autorisées par les art. 1048 et 1049 du Code civil et par la loi du 17 mai 1826.

A l'égard des Substitutions en forme de majorat, *V.* l'article *Majorat*, §. 6.]]

III. Une particularité remarquable aux jugemens rendus en matière de Substitution, c'est qu'ils ne sont valables, depuis l'ordonnance de 1747, qu'autant qu'ils ont été précédés des conclusions du ministère public. C'est ce que décide l'art. 49 du tit. 2 : « Il ne pourra » être rendu aucun jugement sur ce qui con» cerne les Substitutions fidéicommissaires » et l'observation des règles prescrites par la » présente ordonnance, que sur les conclu» sions de nos avocats et procureurs en pre» mière instance, et sur celles de nos avocats » et procureurs généraux en nos cours, lors» que les contestations formées à ce sujet, y » seront portées par appel ou autrement. » Voulons qu'il y ait ouverture de requête » civile contre les arrêts qui seront rendus » sans conclusions de nosdits avocats et procu» reurs généraux ».

Denisart rend compte d'une difficulté à laquelle a donné lieu la disposition de cet article.

« Sur cette disposition de la nouvelle ordonnance, il s'est agi (dit-il) de savoir si un arrêt d'appointement au conseil, consenti par le tuteur des enfans puînés du duc de Beauvilliers, et par le tuteur de leur frère aîné, sur l'appel de la sentence du châtelet qui déclarait la Substitution de la terre de Buzençai, ouverte au profit de l'aîné de ses enfans, était nul par la raison qu'il n'avait pas été rendu avec le ministère public.

» Cet arrêt d'appointement était argué de nullité par les créanciers du duc de Beauvilliers, et par la duchesse, sa veuve.

» Le tuteur du fils aîné disait que c'était un arrêt d'instruction, et qu'il n'était pas d'usage de faire rendre ces arrêts avec MM. les gens du roi.

» Les créanciers répondaient que l'ordonnance exigeant que le ministère public intervînt dans tous les jugemens, sans exception, il fallait en conclure que les arrêts d'instruction étaient compris dans sa disposition.

» Il était constant, dans le fait, que l'arrêt avait été consenti entre les deux tuteurs; mais ce n'était pas sur ce consentement qu'on fondait la nullité.

» M. l'avocat-général Joly de Fleury, qui porta la parole dans cette affaire, observa que le ministère public n'était pas nécessaire dans les causes mises au rôle, qui n'avaient pu être plaidées, et qui devenaient appointées de droit; mais que la communication était nécessaire dans les jugemens d'instruction, tels que les appointemens qui se prononçaient à l'audience, ou qui étaient censés y avoir été prononcés.

» La cour, par arrêt rendu le lundi 19 février 1759, a déclaré nul l'arrêt d'appointement au conseil, et toutes les procédures faites en conséquence; et comme la cause principale des créanciers intervenans avait été placée la seconde sur le rôle, il a été ordonné que les parties plaideraient ».

IV. J'ai vu élever sur le même article de l'ordonnance, une question qui a été jugée par un arrêt du parlement de Paris, du 6 février 1778.

M. Dupont, président au parlement de Normandie, avait passé, en 1713, un bail à fieffe, au profit du sieur Mourette, son parent. Quelque temps après, M. Dupont se maria, et eut une fille; en conséquence, le sieur Mourette renonça volontairement au bail à fieffe, sous la condition cependant que les biens compris dans cet acte, lui retourneraient, au cas que M. Dupont mourût sans enfans et sans avoir disposé, ou au cas que ses enfans, après lui avoir survécu, mourussent avant l'âge de majorité, sans avoir pris d'établissement ni fait de disposition. Après la mort de M. Dupont et de sa fille, il fut question de savoir si la condition sous laquelle était stipulé le retour dont on vient de parler, était remplie ou non. Le sieur Mourette soutint la négative, et obtint, le 16 juillet 1777, un arrêt qui adopta sa prétention.

Les héritiers de la dame de Sahure attaquèrent cet arrêt par requête civile. Un des moyens qu'ils faisaient valoir, consistait à dire que l'acte de rétrocession du bail à fieffe contenait une Substitution fidéicommissaire au profit du sieur Mourette; que l'arrêt avait été rendu sans conclusions du ministère public; et que, dès-lors, il était nul, aux termes de l'art. 49 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747.

Le sieur Mourette répondait qu'il y a une

grande différence entre une stipulation de retour et un fidéicommis (1); et l'arrêt cité, adoptant cette raison, a prononcé en ces termes : « En tant que touche la demande » en entérinement des lettres de requête ci- » vile, déboute les demandeurs, et les con- » damne aux dépens à cet égard ».

V. Voici une autre question qui a été occasionnée par un nouvel abus du même article de l'ordonnance. C'est l'auteur de la *Gazette des Tribunaux* qui parle :

« Jean Lefèvre, boulanger à Paris, et sa femme, achetèrent en 1712, pour la somme de 3,000 livres, cinq quartiers de terre en marais, sur lesquels était une petite maison de jardinier. Ce terrain était situé au lieu dit Chanterenne, aujourd'hui Chaussée d'Antin.

» Lefèvre est mort en 1726, laissant huit enfans, sept d'un premier lit, et une fille d'un second, donataire d'une part d'enfant. Par son testament, Lefèvre greva de Substitution ses enfans du premier lit, au profit de ses petits-enfans; mais il ne greva la fille du second lit, ni dans sa part, ni dans celle qui pouvait lui échoir par la mort de ses frères et sœurs consanguins.

» Par un partage fait en 1728, les cinq quartiers de terre ont été délaissés aux huit enfans pour les remplir de 5,500 livres. Des enfans du premier lit grevés, trois sont morts sans enfans.

» Leurs portions dans le terrain ont passé, en partie, librement à la sœur du second lit, et partie grevés de Substitution, aux frères et sœurs du premier lit.

» Des quatre du premier lit restans, deux sont morts laissant des enfans. Le testateur n'ayant grevé que ses enfans et non ses petits-enfans, la part de ces deux enfans est devenue libre dans la main des petits-enfans.

» En cet état, un des petits-enfans a formé, au châtelet, sa demande en licitation contre ses sœurs, ses oncles, ses tantes et autres parties intéressées. Une première sentence contradictoire, du 5 septembre 1766, a ordonné que le terrain serait estimé par un seul expert. Le procès-verbal d'estimation, du 18 du même mois, a porté ce terrain, payé 3,000 livres en 1712, abandonné aux enfans en 1722, pour 5,500, à la somme de 31,240 livres. Enfin, après deux ans d'affiches, de publications, de remises, ce terrain a été adjugé au sieur de Foulon, moyennant 22,050 livres, à la charge de payer les frais de licitation et les lods et ventes, de manière que cette acquisition lui est revenue à 41,050 livres.

» Le sieur de Foulon a fait bâtir sur une partie du terrain, un hôtel loué d'abord à M. Mainon d'Invau, ancien contrôleur-général, et depuis vendu à un maréchal-de-camp 170,000 livres, lequel l'a revendu en 1780. L'autre partie de terrain a été vendue à M. Mainon d'Invau, 40,000 livres, et il y a fait bâtir un hôtel. C'est dans cette position que les sieurs Tand, petits-fils de l'auteur de la Substitution, et fils des grevés de Substitution, voyant l'augmentation du prix d'un terrain autrefois presque inhabité, ont imaginé d'interjeter appel de la sentence d'adjudication, comme nulle, par défaut de conclusions du ministère public.

» Le sieur de Foulon s'est défendu, en soutenant d'abord les sieurs Tand non-recevables dans leur demande en nullité, par le défaut d'intérêt de leur part, attendu qu'ils n'ont rien souffert de l'omission des conclusions du ministère public. Il a observé que la vente avait été précédée d'affiches, publications, remises, et qu'elle avait eu toute la publicité nécessaire pour prévenir les fraudes et les collusions que la loi a eu pour but d'écarter; et que le terrain a été porté à toute sa valeur, et au-delà, puisque le prix de l'adjudication était plus que du triple de la valeur originaire du terrain, lorsqu'il était entré dans la famille. Il a soutenu, au fond, qu'il n'y avait aucune loi qui parlât de la nullité des licitations de biens substitués, à cause du défaut de concours du ministère public; que les nullités étant de rigueur, elles ne pouvaient s'induire par raisonnement; et qu'en un mot, il fallait qu'elles fussent expressément prononcées par la loi.

» La licitation (a-t-il ajouté) n'est qu'un partage, et il n'y a pas de loi qui ait défendu de partager avec un grevé de Substitution, sans la présence du ministère public.

» L'article de l'ordonnance invoqué s'entend des contestations qui intéressent les Substitutions en elles-mêmes, où il s'agit de leur validité, de leur effet, de leur durée ou de leur exécution; mais il n'a jamais été entendu d'une poursuite de licitation, ni d'un partage fait en conséquence. En examinant tous les articles de cette ordonnance, en combinant toutes ses dispositions, on ne voit pas que cette nécessité se trouve ni dans sa lettre ni dans son esprit. Aussi jamais aucun auteur ne l'a pensé.

» La même question s'est élevée en 1769, pour la succession du prince et de la princesse de Guise, à l'occasion de plusieurs

(1) *V.* ci-devant, sect 8, n° 9.

terres et de deux rentes, lesquelles ont été licitées sans conclusions du ministère public, quoiqu'il y eût des mineurs au nombre des co-licitans. La princesse a demandé la nullité de l'adjudication, sur ce prétexte; et par l'arrêt conforme aux conclusions de M. l'avocat-général Séguier, rendu en 1769, elle a été déboutée de sa demande.

» Ces principes ont aussi déterminé M. l'avocat-général d'Aguesseau à conclure, dans l'espèce présente, contre la prétention des sieurs Tand et consorts; et par arrêt du 29 août 1781, conforme à ses conclusions, ils ont été déboutés de leurs demandes, et la sentence d'adjudication a été confirmée ».

Cottereau (*Droit général de la France et particulier de la Touraine*, n° 6897) rapporte deux exemples qui confirment de plus en plus cette jurisprudence. Voici ses termes :

« Cinq enfans majeurs, dont un est grevé de Substitution, ont consenti, avec un curateur à la Substitution, la vente par licitation des biens de Françoise Tâchereau, veuve de Joseph Ferrand, marchand, leur mère, devant Gervaise, notaire. Le serment des experts qu'ils ont nommés pour visiter les biens, a été reçu par le notaire, devant lequel les experts ont ensuite affirmé la sincérité de leur rapport. Après que l'étiquette que le notaire avait été autorisé par les parties à dresser et faire imprimer, a été affichée, suivant les procès-verbaux d'un huissier, les 6 juillet, 3 et 10 août 1776, et publiée, suivant les certificats des curés, les 7, 14, 21 juillet, 4 et 11 août; que les enchères ont été reçues en l'étude du notaire, les 12, 19, 26 juillet, 9 et 16 août; et que le jour de l'adjudication a été annoncé par un placard, elle s'y est faite le 23.

» Le procureur du roi au siége de Tours ayant formé opposition à cette adjudication, a demandé seul, le 31 avril 1777, qu'elle fût déclarée nulle; qu'il fût ordonné qu'il en serait fait une nouvelle en justice, en sa présence, après une visite d'experts nommés par le juge, à la poursuite et diligence des héritiers Ferrand; et qu'à faute de ce, il y serait procédé à sa poursuite et diligence; et qu'il fût fait défenses à tous notaires de faire de semblables adjudications. Aucune des parties intéressées ne se plaignant, cette demande, qui n'avait pas le moindre fondement, n'a point eu de suite. L'adjudication a été régulièrement faite.

» Quoiqu'il y ait une Substitution, et que les substitués soient mineurs ou ne soient pas nés, on peut aussi bien liciter que partager devant un notaire. Le siége de Tours ayant ordonné, le 1er septembre 1757, que le partage des biens dépendans de la succession d'Étienne Ferrand, marchand, qui avait grevé de Substitution sa fille, serait fait devant le lieutenant-général de Tours, il est intervenu, le 26 avril 1758, un arrêt qui a renvoyé le partage devant Gervaise, notaire, devant lequel il a été fait, le 18 septembre suivant, avec le curateur à la Substitution, sans y appeler le procureur du roi ».

[[VI. Aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1747, les jugemens dans lesquels est intéressée une Substitution autorisée, soit par les art. 1048 et 1049 du Code civil, soit par la loi du 17 mai 1826, doivent être précédés des conclusions du ministère public. Cela résulte, d'une part, de ce que le tuteur à la Substitution doit être partie dans ces jugemens; et, de l'autre, de ce qu'aux termes de l'art. 83 du Code de procédure civile, les conclusions du ministère public sont nécessaires dans toutes les causes *où l'une des parties est défendue par un curateur.*

C'est d'ailleurs ce que décide expressément, pour les jugemens relatifs aux biens dépendans des majorats, le décret du 22 décembre 1812, que l'on trouvera au n° suivant.

Mais les conclusions du ministère sont-elles encore nécessaires dans le jugement des contestations auxquelles donnent lieu les Substitutions qui étaient ouvertes avant la loi du 14 novembre 1792? *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 12.

Quant aux partages et aux licitations des biens compris dans une Substitution autorisée, soit par les art. 1048 et 1049 du Code civil, soit par la loi du 17 mai 1826, l'on doit y observer toutes les formalités qui sont requises dans les partages et licitations auxquels des mineurs ont intérêt. Car, la Substitution étant faite au profit des enfans nés ou à naître du grevé, on peut toujours dire que des mineurs sont éventuellement intéressés, soit au partage, soit à la licitation, des biens qui doivent un jour leur être restitués. *V.* l'article *Partage*, §. 5.]]

VII. Les jugemens rendus avec le grevé de Substitution, lient-ils les appelés?

Cette question est pleinement décidée par les articles suivans du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 :

« 5o. Les arrêts ou jugemens en dernier ressort qui seront contradictoires avec le grevé de Substitution, ou un des substitués, ou contre lesquels il ne pourrait être reçu à

former opposition, ne pourront être rétractés sur le fondement d'une tierce-opposition formée par celui au profit duquel la Substitution sera ouverte, sauf à lui à se pourvoir par la voie des lettres en forme de requête civile, lesquelles pourront être fondées, soit sur les ouvertures mentionnées dans l'art. 34 du tit. 35 de l'ordonnance du mois d'avril 1667, soit sur la contravention à la disposition de l'article précédent, soit sur le défaut entier de défenses, ou l'omission des défenses valables de la part du grevé ou substitué.

» 51. Le délai pour obtenir lesdites lettres, sera de six mois, à compter du jour de la signification qui aura été faite de l'arrêt ou jugement en dernier ressort, à la personne ou domicile du substitué, depuis l'ouverture de la Substitution à son profit, s'il est majeur, ou à la personne ou domicile de son curateur, s'il était interdit; et si le substitué était pupille ou mineur, ledit délai ne sera compté que du jour de la signification qui lui aura été faite après sa majorité.

» 52. En cas que la Substitution fût faite en faveur de l'église, hôpitaux, corps ou communautés laïques ou ecclésiastiques, ledit délai sera d'un an, à compter du jour de la signification qui sera faite depuis l'ouverture de la Substitution, à la personne ou domicile de leurs syndics ou autres administrateurs ».

[[Voici ce que règle, à cet égard, pour les biens dépendans des majorats, le décret du 22 décembre 1812:

« Voulant pourvoir à ce que les biens provenant, soit des donations par nous faites à quelques-uns de nos sujets, soit des majorats formés de propriétés particulières, ne puissent, même sous prétexte de litige, éprouver de diminution *sans de bonnes et justes causes*, et par l'insuffisance de la défense, ou par la collusion des parties; notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

» *Chap.* 1. *Des majorats formés de propriétés particulières.*

» Art. 1. En tous procès poursuivis devant les tribunaux de notre empire, qui intéresseront les fonds et la propriété de majorats formés de propriétés particulières, le ministère public sera entendu avant le jugement, tant en première instance que sur l'appel.

» 2. Les arrêts ou jugemens en dernier ressort, rendus contradictoirement avec un titulaire de majorat de la qualité exprimée au présent chapitre, ou contre lesquels il ne pourrait être reçu à former opposition, ne pourront être rétractés sur le fondement d'une tierce-opposition formée par son successeur médiat ou immédiat, sauf audit successeur à se pourvoir, s'il échet, par la voie de la requête civile, qui pourra être fondée sur les ouvertures mentionnées dans l'art. 480 du Code de procédure civile, et encore sur la contravention à l'art. 1er du présent décret, sur le défaut de défense, ou l'omission de défense, valable de la part du titulaire précédent, et s'il s'est laissé condamner par défaut, ou ne s'est pas rendu appelant d'un jugement rendu contradictoirement. Dans ce dernier cas, après l'admission de la requête civile, la voie de l'appel sera rouverte et suivie dans les formes et délais ordinaires.

» 3. Nulle action n'appartient à celui dont les droits ne sont pas ouverts; mais, après le décès du titulaire contre lequel la condamnation est intervenue, le successeur au majorat peut, sans attendre que le jugement lui soit signifié, se pourvoir pour les causes et de la manière exprimées en l'art. 2.

» 4. Lorsque ce successeur ne sera pas pourvu comme il est dit en l'article précédent, il le pourra encore dans le délai de trois mois, à compter de la signification qui lui aura été faite du jugement ou arrêt à sa personne ou domicile, s'il est majeur et jouissant de ses droits, ou à la personne ou domicile de son curateur, s'il est interdit. S'il est mineur, le délai ne courra que du jour de la signification qui lui aura été faite après sa majorité. Les délais accordés par les art. 485, 486, 488 et 489 du Code de procédure civile, auront lieu dans les cas exprimés auxdits articles.

» 5. La faculté de se pourvoir, conformément aux dispositions ci-dessus, appartiendra, non-seulement au successeur immédiat du titulaire contre lequel le jugement sera intervenu, mais encore aux successeurs médiats, lorsque le jugement n'aura pas été signifié à ceux du degré précédent, ou n'aura pas été attaqué par eux sans attendre la signification.

» 6. Aucun accord ou transaction d'où il résulterait abandon, diminution ou mutation de fonds ou biens de l'espèce mentionnée au présent chapitre, ne pourra avoir lieu qu'avec l'approbation de notre conseil du sceau des titres (1), près duquel on se pourvoira en la forme des art. 57 et 61 du décret du 1er mars 1808.

» *Chap.* 2. *Des majorats et dotations provenant de notre domaine extraordinaire* (2).

(1) Ce conseil est aujourd'hui remplacé par la commission du Sceau. *V.* l'article *Majorat*, §. 6.

(2) Le domaine extraordinaire est réuni au domaine de l'État, par le tit. 10 de la loi du 15 mai 1818.

» Art. 7. L'intervention du ministère public, prescrite par l'art. 1er du présent décret, aura lieu pareillement dans tous les procès qui intéresseront le fonds et la propriété des biens composant les majorats et donations provenant de notre domaine extraordinaire.

» 8. Les dispositions des art. 2, 3, 4 et 5 du chapitre précédent, seront applicables aux titulaires de majorats et dotations provenant de notre domaine extraordinaire et à leurs successeurs.

» 9. Tout jugement ou arrêt en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, intéressant le fonds et la propriété des biens composant un majorat ou dotation de notre munificence, pourra, le retour venant à s'ouvrir à notre domaine extraordinaire, être attaqué par notre intendant-général (1), par la voie de la requête civile, et par les mêmes moyens énoncés en l'art. 2 du présent décret.

» 10. Lorsque la partie qui aura obtenu le jugement, l'aura signifié à l'intendant de notre domaine extraordinaire (2), la voie de la requête civile sera ouverte au profit de notre intendant, qui, en ce cas, devra se pourvoir dans les trois mois du jour de la signification, sans attendre l'ouverture de notre droit de retour.

» 11. Si le jugement n'a pas été signifié à notre intendant, il ne pourra se pourvoir avant l'ouverture de notre droit de retour; et, en ce cas, il devra le faire dans les trois ans, à compter de cette ouverture.

» 12. L'intendant-général de notre domaine extraordinaire ne pourra se pourvoir en requête civile que de l'avis du conseil de l'intendance, qui tiendra lieu de la consultation prescrite par l'art. 495 du Code de procédure civile (3).

» 13. Aucun accord ou transaction d'où résulterait abandon, diminution ou mutation des biens de l'espèce mentionnée au présent chapitre, ne pourra avoir lieu qu'après avoir pris l'avis du conseil de notre domaine extraordinaire, et avec notre approbation.

» *Chap.* 3. *Dispositions communes.*

» Art. 14. Lorsqu'en l'absence de toute signification du jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, il se sera écoulé au moins trente années depuis le décès du titulaire contre lequel ce jugement sera intervenu, sans que les successeurs particuliers aient agi d'après les dispositions portées au présent décret, ils ne seront plus recevables à se pourvoir ».]]

Au surplus, *V.* les articles *Fidéicommis tacite*, *Fiducie*, *Legs*, *Mode*, *Mort*, *Succession* et *Testament*.

[[SUBVENTION DE GUERRE. *V.* l'article *Sou pour livre*.]]

SUCCESSION. Ce terme désigne proprement la transmission des droits actifs et passifs d'un défunt à la personne de son héritier.

Il désigne aussi l'universalité de ces droits, abstraction faite de toute idée de transmission. De là l'expression de *Succession vacante*.

On ne connait, dans le droit romain, que deux sortes de Successions, la testamentaire et la légitime; mais dans le droit français, il y en a une de plus, c'est la contractuelle.

La Succession testamentaire n'est cependant pas d'un usage universel parmi nous: il n'y a que les pays de droit écrit et un très-petit nombre de coutumes, où l'on peut se choisir par testament d'autres héritiers que ceux qui sont appelés par la loi. Du reste, cette matière est suffisamment traitée aux mots *Héritier*, *Institution d'héritier* et *Légataire*.

La Succession contractuelle est plus généralement connue. *V.* l'article *Institution contractuelle*.

La Succession légitime a lieu partout sans aucune exception. Pothier la définit: « la » transmission que la loi fait des droits actifs » et passifs d'un défunt en la personne de » ceux de ses parens qu'elle appelle à sa Suc» cession ».

Cette définition n'est pas assez étendue: elle convient bien aux Successions régulières, mais elle devrait en même temps embrasser les Successions irrégulières ou anomales; et c'est ce qu'elle fera, si l'on en retranche les termes, *de ses parens*.

Nous diviserons cet article en trois sections:

La première aura pour objet les Successions régulières, c'est-à-dire, qui se déferent par droit de parenté.

La seconde traitera des Successions irrégulières.

[[On parlera dans la troisième, des droits d'enregistrement auxquels les Successions donnent lieu.]]

SECTION I. *Des Successions régulières.*

Il y a huit objets principaux à considérer dans les Successions régulières:

1° Les personnes qui ont droit de les transmettre;

(1) Aujourd'hui par le préfet du département où sont situés les biens. *V.* l'article *Domaine public*, §. 5, n° 3.

(2) Aujourd'hui au préfet.

(3) Disposition devenue sans objet par la réunion du domaine extraordinaire au domaine de l'État.

2° Celles qui sont capables de les recueillir.

3° L'ordre suivant lequel elles se déférent;

4° Leur ouverture;

5° Leur acceptation, soit pure et simple, soit sous bénéfice d'inventaire, et leur répudiation;

6° L'action pour les revendiquer, lorsqu'elles sont possédées par des tiers, au préjudice des véritables héritiers;

7° Le partage qui s'en fait et les rapports qui y ont lieu;

8° Les dettes et les charges qui y sont attachées.

§. I. *Des personnes qui ont le droit de transmettre leur Succession.*

V. l'article *Héritier*, sect 5, et ce qui est dit, dans le plaidoyer du 8 juillet 1807, rapporté au mot *Mariage*, sect. 3, §. 1, n° 3, d'un arrêt de la cour de cassation, du 26 janvier précédent.

§. II. *Des personnes capables de succéder.*

Nous avons donné au mot *Héritier*, sect. 6, le détail des qualités sans lesquelles on ne peut pas succéder. Nous ne parlerons plus ici que de quelques-unes.

ART. I. *Peut-on succéder à une personne lors du décès de laquelle on n'était ni né ni conçu?*

I. Le principe [[consacré par l'art. 725 du Code civil]], qu'il faut être né ou conçu au moment de l'ouverture d'une Succession, pour pouvoir la recueillir, a été contredit dans deux occasions différentes, mais sans succès.

Dans la première espèce, il s'agissait de savoir si un petit-fils qui était né trente-quatre ans après la mort de son aïeul, pouvait s'en dire héritier. Cette qualité ne lui était disputée que par des créanciers, cependant M. d'Aguesseau conclut contre lui. Voici la substance des raisons de ce grand magistrat.

« Pour être héritier, il faut être parent de celui dont on demande l'hérédité, et l'être au temps de son décès. La parenté est *sanguinis et juris vinculum.* C'est un rapport qui suppose deux termes, et par conséquent deux personnes existantes; et ceci n'est point une fiction de droit, mais un principe fondé sur la nature même, et sur l'idée qu'elle nous donne de la parenté considérée par rapport à l'ordre des Successions.

» D'après cette maxime, le petit-fils conçu et né long-temps après la mort de son aïeul, n'est pas, à proprement parler, son parent; et si on l'appelle ainsi, ce n'est que *per abusionem*, comme le dit la loi 8, D. *de suis et legitimis heredibus.* La raison qu'en donne Justinien, aux Institutes, *de hereditatibus quæ ab intestato*, c'est que *nullo jure cognationis patrem sui patris attigit.*

» D'ailleurs, quand le petit fils pourrait, dans l'espèce présente, être appelé parent de son aïeul, il n'en serait pas plus son héritier, parceque l'héritier est le plus proche parent du défunt qui se trouve vivant au moment de son décès, et que le petit-fils, dans le cas dont il s'agit, n'était ni né ni conçu au moment de la mort de son aïeul. C'est la disposition précise de la loi des douze tables et de l'édit du préteur; et c'est de là que nous avons tiré la maxime générale de notre droit, *le mort saisit le vif, son plus proche héritier habile à lui succéder.*

» En vain dirait-on que la Succession est vacante, et que le petit-fils est préférable à des créanciers. Inutilement invoquerait-on l'exemple du retrait lignager. Car, 1° dans cette dernière espèce, le droit est accordé à la famille et non à la personne; 2° quoique le petit-fils soit préférable en général aux créanciers, ce n'est pas la faveur du petit-fils qui doit décider en ce cas; mais son incapacité, qui ne permet pas de lui déférer la Succession.

» On objecte encore que l'hérédité est vacante, et qu'il suffit d'être capable dans le temps qu'elle est ouverte. Mais on confond ici *vacans* et *delata hereditas.* Une hérédité peut être vacante pendant long-temps; mais elle est déférée en un seul moment, et ce moment est le temps de la mort de celui à qui l'on succède; ou plutôt, une hérédité est déférée, ou par testament, ou *ab intestat.* Si elle est déférée *ab intestat*, c'est toujours au temps de la mort; si elle l'est par un testament, ou l'institution est pure et simple, ou elle est faite sous une condition. Au premier cas, elle est déférée aussitôt après la mort du testateur; au second, après l'événement de la condition. Cette distinction fait la différence entre les Substitutions et les Successions *ab intestat.* Si le petit-fils né et conçu depuis la mort de son aïeul, est admis à une Substitution, c'est en supposant qu'il existe dans le temps qu'elle est ouverte, parcequ'alors il est capable au temps où l'hérédité est déférée, suivant la condition apposée au testament et selon l'ordre établi par l'auteur de la Substitution. Mais il ne peut être admis à une Succession ouverte *ab intestat*, parce-

qu'il n'est pas capable au temps où elle est déférée, suivant la disposition des lois ».

Sur ces raisons, arrêt du 11 mars 1692, qui déclare le petit-fils non-recevable.

A la suite de cet arrêt, se trouve une note de M. d'Aguesseau, qui est conçue en ces termes :

« Depuis, autre arrêt semblable, rendu aussi sur mes conclusions, le 1er avril 1697, qui décide la même question *in terminis*.

» Il y avait cela de particulier, qu'il y avait un héritier bénéficiaire; mais il prétendait cesser de l'être en rendant compte; et comme les créanciers soutenaient qu'il devait être héritier pur et simple, pour se tirer d'affaire, il faisait intervenir le petit-fils qui, comme plus proche, l'excluait : ainsi, il fallait toujours revenir à la même question, c'est-à-dire, à examiner si les créanciers seuls peuvent empêcher un petit-fils de se dire héritier de son aïeul, lorsqu'il a été conçu après sa mort.

» La succession était ouverte dans le comté d'Artois, et on prétendait même que la coutume d'Artois autorisait indirectement la prétention du petit-fils; mais cette proposition fut trouvée sans fondement, et il fut jugé que la coutume d'Artois était conforme au droit commun ».

Voilà une jurisprudence qui paraît bien établie; cependant nous ne devons pas dissimuler qu'elle n'a pas été suivie au parlement de Toulouse. Serres, *Institutions au droit français*, liv. 2, tit. 1, §. 8, dit que, par arrêt rendu en cette cour, le 14 août 1725, entre la demoiselle Anne Martin, et les créanciers de son père, « ladite Anne Martin, qui était une » fille âgée d'environ douze ans, après avoir » répudié l'hérédité de Jean Martin II, son » père, fut reçue à accepter celle de Jean » Martin I, son aïeul, décédé en 1694; la- » quelle Succession avait été répudiée par » ledit Martin II, son père, en 1701; par où » il fut décidé que cette fille pouvait recueil- » lir et accepter, de son chef, la Succession » vacante de son aïeul décédé plusieurs an- » nées avant sa conception, et faire rejeter » sur l'hérédité du père les dettes contractées » par celui-ci, tandis qu'il soutenait même la » qualité d'héritier de l'aïeul »

On devine bien qu'un pareil arrêt ne peut être soutenu que par des raisons très-faibles; aussi n'y a-t-il ni logique ni solidité dans celles qu'emploie Serres pour le justifier.

Il prétend d'abord que la novelle 118 a abrogé toutes les lois du Digeste et du Code qui traitaient des Successions; et qu'ainsi, on ne peut plus avoir d'égard aux textes de l'ancien droit, qui déclarent le petit-fils incapable de succéder à son aïeul, lorsqu'il n'a été conçu qu'après sa mort.

Il ajoute que la novelle n'exclud pas nommément le petit-fils qui se trouve dans ce cas, et que c'en est assez pour qu'on ne le regarde pas comme incapable de succéder.

Mais ces deux argumens se détruisent d'un seul mot. La novelle 118 a bien abrogé toutes les lois précédentes qui réglaient l'ordre des Successions, mais elle n'a nullement touché à celles qui déterminent la capacité générale de succéder. Dictées par le droit naturel, elles sont aussi immuables que lui, ou du moins il faudrait, pour les anéantir, une disposition bien claire, bien précise; et ce n'est point avec des raisonnemens par induction qu'on parviendra à en éluder la force.

II. Il reste, sur cette matière, une question qu'aucun arrêt n'a encore décidée : c'est de savoir si du moins un parent né et conçu après la mort de celui à qui il s'agit de succéder, ne devrait pas exclure le fisc.

La loi 4, C. *de bonis vacantibus*, veut que le fisc puisse se mettre en possession des biens vacans, *si nullum ex quâlibet sanguinis lineâ vel juris titulo, legitimum reliquerit intestatus heredem*. On peut bien conclure de cette loi qu'il n'y a point d'héritier, quelqu'éloigné qu'il soit, qui ne puisse exclure le fisc; mais il en résulte aussi que, pour qu'un héritier puisse être préféré au fisc, il faut qu'il soit né ou qu'il ait été conçu avant la mort de celui dont il demande la Succession. C'est ce qui est marqué par ces termes de la loi, *legitimum reliquerit intestatus heredem*. Il faut que le défunt laisse un héritier, c'est-à-dire, un héritier qui vive au moment où il décède.

Cependant M. d'Aguesseau, dans son plaidoyer du 11 mars 1692, croit qu'on pourrait, dans certaines circonstances, *humanitate suadente*, « préférer le petit-fils au fisc, moins » comme un véritable héritier, que comme » étant de la famille, comme la faisant subsis- » ter, et comme étant, par cette raison, plus » favorable que le fisc ».

[[*V.* le plaidoyer du 16 ventôse an 13, rapporté au mot *Héritier*, sect. 2, §. 1, n° 3, vers la fin.

III. Doit-on réputer conçu à l'effet de succéder, l'enfant dont la conception est illégitime, et qui n'a acquis les droits de la légitimité que par l'effet du mariage qui a été contracté entre son père et sa mère, avant sa naissance et après l'ouverture de la Succession?

V. ci-après, art. 5, n° 1.

Art. II. *Les religieux étrangers sont-ils capables de succéder à leurs parens, en France? Peuvent-ils du moins être institués par eux héritiers ou légataires universels?*

Le 27 germinal an 10, Georges-Guillaume Vonthyssen, né en Westphalie, mais domicilié à Ruremonde depuis l'année 1795, fait un testament authentique, par lequel il institue héritières universelles de ses biens, Marie-Agnès, Bernardine, Antoinette et Françoise Vonthyssen, ses filles, religieuses, les deux premières, dans les abbayes de Rengeringen et de Sterhath, sous la domination prussienne, les deux autres dans l'abbaye de Benninghausen, comté d'Arensberg, pays de Hesse-Darmstadt. Il meurt le 16 frimaire an 12, et conséquemment après la publication des titres du Code civil relatifs aux Successions et aux donations.

Les quatre religieuses se présentent pour recueillir sa Succession. Le sieur Hussemann, médecin à Ruremonde, neveu et seul héritier français de leur père, soutient qu'elles sont sans qualité, et conclud à ce qu'elles soient déclarées non-recevables.

Le 6 prairial an 12, jugement du tribunal de première instance de Ruremonde qui accueille cette fin de non-recevoir.

Mais sur l'appel, arrêt du 3 fructidor an 13, par lequel,

« Vu les art. 745, 902 et 726 du Code civil;

» Attendu que Georges-Guillaume Vonthyssen est mort..... après la promulgation du Code civil; que les appelantes sont ses filles naturelles et légitimes, et ainsi ses plus proches héritières *ab intestat;* qu'en outre, ledit Vonthyssen les a instituées ses héritières universelles par testament du 27 germinal an 10; d'où il suit que les droits des appelantes à la Succession de leur père est fondé tant sur la loi naturelle que sur les dispositions expresses de la loi positive;

» Que l'institué, en sa qualité de neveu du défunt, ne peut enlever ladite Succession aux enfans légitimes de ce dernier, sous prétexte que les appelantes seraient religieuses, et par conséquent mortes civilement;

» 1° Parcequ'il résulte de l'art. 902 du Code civil, que ceux-là seuls sont incapables de recevoir que la loi a déclarés tels, et qu'il n'existe aucune loi obligatoire en France, où les vœux religieux ne sont plus reconnus, qui déclare les religieuses incapables de recueillir une Succession;

» 2° Parcequ'il n'est pas vrai que les religieuses soient mortes civilement; qu'au contraire, il est adopté en principe, par les meilleurs auteurs, tels que Stockmans, Meyer, Vanespen, Strichius, Bohemer et M. Merlin, que la profession religieuse n'emportait pas la mort civile, mais qu'elle privait seulement les profès de l'exercice de certains droits civils, sans pour cela, les retrancher totalement de la société:

» Que ce principe doit d'autant plus recevoir son application à l'espèce, qu'il résulte du §. 1204, part. 10, tit. 11 des statuts généraux pour les États de Prusse, dans lesquels sont situés les couvens de Rengeringen et de Sterhath, où deux des appelantes sont religieuses, qu'il était permis aux père et mère d'appeler, par un testament légal, leur enfant religieux à recueillir une portion de leur Succession;

» Qu'ainsi, si en Prusse, où les ordres religieux ne sont pas supprimés, un profès peut être institué héritier testamentaire, et si, en vertu de la loi, il peut, d'une certaine manière, être admis au partage de la Succession, on ne peut, en France, sans une disposition expresse du législateur, le priver de l'exercice des mêmes droits, ni le réputer mort civilement, et, sous cet odieux prétexte, l'exclure de la Succession paternelle, pour la laisser suivre à un parent collatéral;

» Qu'on ne peut donner l'exclusion aux appelantes sous prétexte qu'elles seraient étrangères et que la réciprocité n'aurait pas lieu, parcequ'on l'art. 726 du Code civil prouve 1° que les étrangers peuvent être admis à recueillir une Succession; 2° que la réciprocité dont il y est parlé, doit s'entendre d'une réciprocité de nation à nation, d'une réciprocité générale et indéfinie, et non d'une réciprocité particulière et individuelle; qu'étant établie par des traités politiques qui n'ont jamais pour objet les intérêts des particuliers considérés comme individus, mais l'avantage et le bonheur des citoyens pris collectivement, cette réciprocité doit nécessairement participer de la nature de la convention sur laquelle elle est fondée, et s'appliquer comme elle aux peuples pris en masse, et non aux individus;

» La cour (d'appel de Liége) met l'appellation, et ce dont a été appelé au néant, émendant, déclare les appelantes bien fondées dans leur demande; en conséquence, leur adjuge en toute propriété la Succession délaissée par feu leur père Georges-Guillaume Vonthyssen..... ».

Le sieur Hussemann se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Les ouvertures de cassation qui vous sont proposées par le sieur Hussemann (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 20 août

1808), se rapportent aux deux motifs de l'arrêt qu'elles attaquent : à celui qui considère les sœurs Vonthyssen comme habiles à succéder à leur père *ab intestat*; et à celui qui les considère comme valablement instituées par le testament de leur père.

» Le sieur Hussemann vous présente le premier de ces motifs, d'abord comme contraire à l'art. 725 du Code civil, ensuite comme violant l'édit de l'empereur Charles-Quint, du 21 février 1528, et la coutume du haut-quartier de Gueldres.

» Pour prouver qu'en déclarant les sœurs Vonthyssen capables de succéder à leur père *ab intestat*, la cour d'appel de Liége a violé l'art. 725 du Code civil, le sieur Hussemann établit deux propositions : 1° les sœurs Vonthyssen sont, dans les pays où elles vivent en religion, réputées mortes civilement; 2° mortes civilement dans ce pays, elles ne peuvent pas succéder en France.

» La première de ces propositions n'est pas, à beaucoup près, à l'abri de toute critique, par rapport aux deux des sœurs Vonthyssen qui sont religieuses à l'abbaye de Benninghausen, dans le comté d'Arensberg.

» En effet des renseignemens que nous avons pris sur la législation du comté d'Arensberg par rapport aux religieux et religieuses, il résulte que ce pays, qui, avant le recez de l'empire germanique, du 25 février 1803, était sous la domination de l'électeur de Cologne, n'a jamais eu sur l'état des religieux et religieuses que deux lois, l'une du 6 juillet 1590, l'autre du 28 mars 1724; que, par la première, les religieux et religieuses n'étaient déclarés inhabiles à succéder à leurs parens, que dans le cas où, avant de prononcer leurs vœux, ils avaient renoncé aux Successions qui pourraient leur échoir; et que, par l'art. 3 de la seconde, il est dit, au contraire, en termes exprès : *Les enfans qui avant la profession, n'auraient pas renoncé à la Succession de leur père, mère et de leurs parens collatéraux, n'en seront pas moins exclus de plein droit.*

» Assurément les religieux et religieuses n'étaient pas morts civilement sous l'empire de la première de ces lois : le droit de succéder qu'ils conservaient nonobstant leur profession, est une des plus belles prérogatives de la vie civile; et puisqu'ils jouissaient de cette prérogative, il fallait qu'ils jouissent également de la vie civile dont elle n'était qu'une dépendance.

» La seconde loi, en leur ôtant le droit de succéder, leur a-t-elle ôté la vie civile? C'est demander, en d'autres termes, si, en abolissant une des conséquences d'un principe, on abolit nécessairement et de plein droit le principe lui-même; si retrancher une branche d'un arbre, c'est abattre le tronc, c'est couper la racine de cet arbre; et certainement il ne peut y avoir aucune difficulté sur la négative. Aussi trouvons-nous dans le recueil de Stockmans, §. 4, un arrêt du conseil de Brabant qui juge qu'à défaut de loi expressément prohibitive, un religieux profès peut être témoin dans un testament; et pourquoi le juge-t-il ainsi? Parceque, dit le magistrat cité, les religieux ne sont réputés morts civilement que relativement aux actes dont la loi les a déclarés spécifiquement incapables : *quod enim dicitur monachos comparari servis et haberi pro mortuis, intelligitur quoad illos juris effectus circà quos id ità speciatim jure constitutum est..... ; nam per omnia non habentur pro mortuis;* ce qui, à prendre les choses dans leur véritable sens, signifie que les religieux ne sont point du tout morts civilement, dans les lieux où la loi ne les déclare pas expressément tels, quoique d'ailleurs elle les rende inhabiles à faire certains actes ou à exercer certains droits dépendans de la vie civile; car il en est de la fiction comme de la vérité : un homme ne peut pas plus être à demi-mort civilement, qu'il ne peut être à demi-mort naturellement; il peut bien être privé de certains avantages de la vie civile, comme il peut être privé de certaines commodités de la vie naturelle : mais dès qu'il n'est pas tout-à-fait mort civilement, on doit dire qu'il ne l'est point du tout; comme on doit réputer non mort naturellement, celui qui n'a pas tout-à-fait perdu la vie naturelle (1).

» Mais s'il n'est pas vrai que celles des demoiselles Vonthyssen qui sont religieuses dans le comté d'Arensberg, soient mortes civilement, ou si du moins il est très-permis de douter qu'elles le soient, il n'en est pas de même des deux autres, Marie-Agnès et Bernardine, qui, à la mort de leur père, étaient religieuses dans les États prussiens.

» Le code de Prusse ne dit pas seulement, art. 1200, que les religieux et religieuses *sont inhabiles à acquérir ou posséder des propriétés ou d'autres droits et à en disposer*; il dit encore, art. 1199, qu'*après la profession, les religieux et religieuses sont réputés morts par rapport à toutes les affaires séculières.*

» Ainsi, nul doute que les demoiselles Marie-Agnès et Bernardine Vonthyssen n'aient

(1) *V.* l'article *Usufruit*, §. 5, art. 1, n° 3.

été, à l'époque du décès de leur père, en état de mort civile; nul doute qu'à cette époque, elles n'aient été *mortes civilement* dans toute l'énergie, dans toute la latitude de ces expressions.

» Mais de ce qu'elles étaient alors mortes civilement dans les États prussiens, s'ensuit-il qu'elles ne pouvaient pas succéder en France?

» Elles ne le pouvaient certainement pas, si, en France même, elles devaient être considérées comme mortes civilement; car l'art. 725 du Code civil porte en toutes lettres, que, *celui qui est mort civilement, est incapable de succéder.*

» La question se réduit donc à ce point: la mort civile dont Marie-Agnès et Bernardine Vonthyssen sont frappées dans le lieu et par la loi de leur domicile, les suit-elle en France?

» La négative serait incontestable, s'il s'agissait ici d'une mort civile encourue par l'effet d'une condamnation judiciaire; et pourquoi? Parceque les jugemens rendus dans une souveraineté, n'ont pas d'effet dans une autre souveraineté, parceque cette grande règle du droit public des nations, n'est pas moins applicable aux matières criminelles qu'aux matières civiles.

» Mais, hors ce cas, comment la mort civile encourue dans le pays où est domiciliée la personne qu'elle frappe, pourrait-elle ne pas suivre partout cette personne? C'est aujourd'hui un principe universellement reconnu, que la loi domiciliaire, en tant qu'elle règle et détermine l'état d'une personne, étend son influence, exerce son empire, au-dehors comme au-dedans de son territoire; et c'est sur ce principe que s'est fondé le Code civil, lorsqu'il a dit, art. 3, que *les lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les Français, même résidant en pays étrangers* (1).

» Aussi Boullenois, dans son *Traité des statuts réels et personnels*, tome 1, page 66, se prononce-t-il de la manière la plus expresse, contre Marie-Agnès et Bernadine Vonthyssen: *Un homme* (dit-il) *est religieux dans un pays où il est mort civilement. Pourra-t-il succéder dans un pays qui ne reconnaît pas une pareille mort civile? Si* (comme on n'en peut douter) *cette mort civile est un état personnel, cet homme mort civilement dans le lieu de son domicile, est mort partout, et ne peut par conséquent succéder, parcequ'il ne saurait acquérir en quelque endroit que ce soit..... Cet homme cesse d'avoir aucune agnation dans le monde, elle est réservée pour le ciel..... Ainsi, il suffit de n'être point compté au nombre des vivans dans la loi du domicile, pour ne pas succéder en quelque endroit que ce soit.*

» Même doctrine dans le traité de Hertius, *de collisione legum*, sect. 4, §. 13: *Titia in Hollandiâ moritur, et ibidem opulentam relinquit hereditatem: soror ejus monialis in Brabantiâ, ubi omnis Successionis sunt incapaces, vult succedere: quæritur nùm possit in Hollandiâ quæ jure communi utitur? Quod itidem nego. Persona enim sororis in loco domicilii omnis hereditatis acquirendæ incapax declarata, quasi pro mortuâ habetur: quod jus proindè in exteris etiam civitatibus valere debet, præsertim in Batavia ubi status monachorum exosus est.*

» Mais, en jugeant contre cette doctrine, la cour d'appel de Liége a-t-elle violé l'art. 725 du Code civil? Non. Elle a seulement jugé que l'art. 725 du Code civil n'est applicable qu'aux personnes qui sont, par les lois françaises, déclarées mortes civilement; et quoiqu'elle ait, à cet égard, très-mal jugé, quoiqu'elle ait, à cet égard, rejeté mal à propos l'induction qui devait, à ses yeux, résulter de l'art. 3 du Code civil lui-même, ce n'est pourtant pas une raison suffisante pour casser son arrêt.

» Voyons maintenant si son arrêt viole, nous ne dirons pas l'édit de Charles-Quint, du 20 février 1528 (car cet édit n'a été donné que pour le *comté de Flandre*, et il n'a été adressé qu'au conseil provincial de Flandre, séant à Gand), mais l'art. 6, part. 3, tit. 7, §. 6, de la coutume du haut-quartier de Gueldres, c'est-à-dire, du pays dans lequel s'est ouverte la Succession du sieur Vonthyssen.

» Cet article porte: *aucuns biens fonds ou autres biens délaissés par Succession, ne peuvent être hérités par des couvens du chef des personnes qui y ont fait profession. Mais en cas que quelqu'un possédant des biens, ferait profession dans un couvent qui peut posséder des biens, ce couvent, s'il n'en est autrement convenu, peut jouir de l'usufruit de ses biens sa vie durant et un an après sa mort; et la propriété est d'abord échue, après la profession, aux plus proches parens.*

» De là, deux questions à examiner: la première, si, par cet article, les religieux sont personnellement déclarés incapables de succéder; la seconde, si la disposition de cet

(1) *V.* l'article *Loi*, §. 6, n° 6.

article a survécu à l'abolition des vœux monastiques en France?

» La première question semblerait, au premier aspect, devoir se résoudre contre le sieur Hussemann. La coutume de Gueldres dit bien que les couvens ne peuvent pas succéder du chef des personnes qui y ont fait profession; mais elle ne dit pas que ces personnes sont frappées de la même incapacité. Elle paraît donc conserver à ces personnes le droit de succéder.

» Mais d'abord, comment accorder cette interprétation avec la suite du même article, qui, au moment où un religieux fait profession, le dessaisit, non-seulement de la propriété de ses biens actuels qu'il transfère à ses parens, mais encore de l'usufruit de ces mêmes biens dont il fait jouir le monastère? N'est-il pas clair que, par là, le religieux est constitué dans une incapacité absolue de posséder même les biens dont il était saisi avant sa profession? Et peut-on croire qu'incapable de conserver les biens qui lui appartenaient avant l'émission de ses vœux, il soit capable d'en acquérir ensuite de nouveaux?

» En second lieu, pourquoi la coutume ne s'occupe-t-elle, relativement aux Successions qui s'ouvrent après la profession, que du couvent dont le religieux est membre? Pourquoi se borne-t-elle à dire que le couvent ne pourra pas succéder du chef des religieux? C'est parcequ'il était, dès-lors, généralement reconnu que le religieux ne pouvait pas succéder lui-même. C'est parceque, dès-lors, on tenait universellement pour maxime, que le religieux étant personnellement incapable de posséder et d'acquérir, ses droits successifs ne pouvaient être exercés que par son monastère.

» En un mot, la coutume n'a qu'un seul objet en vue : c'est de faire cesser l'usage où l'on avait été jusqu'à sa rédaction, d'admettre le monastère à succéder en place du religieux. Mais quant au religieux même, en le déclarant incapable de posséder, elle fait suffisamment entendre qu'il ne peut recueillir personnellement aucune Succession. Ainsi, en résultat, quoique le placard de Charles-Quint, de 1528, n'ait pas force de loi dans la Gueldre, on en retrouve néanmoins l'esprit et la substance dans la coutume de cette contrée : car la coutume ne fait que traduire en d'autres termes l'article de ce placard qui porte : *nuls religieux profès ni aucuns monastères ou cloîtres pour eux se pourront fonder héritiers en aucune maison mortuaire, ni, à titre de Succession, avoir ou revrendre aucuns biens.*

» Reste donc notre seconde question : l'incapacité de succéder, dont la coutume de Gueldres frappe les religieux, subsiste-t-elle encore depuis que les vœux monastiques sont abolis en France?

» Sans contredit, elle ne subsiste plus à l'égard des religieux qui étaient établis en France, au moment où le décret de l'assemblée constituante, du 13 février 1790, a déclaré que la loi ne reconnaissait plus les vœux monastiques, et la raison en est bien simple : ceux qui étaient alors religieux en France, ont cessé de l'être à cette époque; la coutume de Gueldres ne trouve donc plus en eux de qualité à laquelle puisse s'appliquer l'incapacité qu'elle prononce : et dès-là, elle est forcée de les admettre à succéder dans son territoire, de la même manière qu'ils y sont admis dans tout le reste de la France, c'est-à-dire, comme rentrés dans tous leurs droits de citoyen, et, pour nous servir des termes de la loi du 18 vendémiaire an 2, et de l'art. 3 de la loi du 17 nivôse de la même année, comme *ci-devant religieux.*

» Mais la coutume de Gueldres ne conserve-t-elle pas tout son empire contre les étrangers qui sont encore religieux, contre les étrangers dont les liens ne sont pas encore rompus, contre les étrangers qui sont encore dans l'état dont elle fait dériver une incapacité absolue de succéder? Et pourquoi ne le conserverait-elle pas? Sa disposition est abolie par les lois des 18 vendémiaire et 17 nivôse an 2; mais, encore une fois, elle ne l'est que pour *les ci-devant religieux;* elle ne l'est donc pas pour les religieux actuels; les religieux actuels, en quelque lieu qu'ils soient établis, sont donc encore incapables de succéder dans la coutume de Gueldres.

» Mais, a dit la cour d'appel de Liége, le décret du 13 février 1790 porte que *la loi ne reconnaîtra plus de vœux monastiques solennels de l'un ni de l'autre sexe.* Les religieux étrangers ne peuvent donc pas être reconnus en France pour religieux; ils sont donc habiles à succéder en France, comme s'ils n'étaient liés par aucun vœu dans leurs pays.

» Quel raisonnement! D'abord, en déclarant que *la loi ne reconnaîtra plus de vœux monastiques*, le décret du 13 février 1790 ne dispose certainement que pour la France; et l'on peut d'autant moins en douter, qu'il ajoute aussitôt : *en conséquence, les ordres et congrégations réguliers dans lesquels on fait de pareils vœux, sont et demeureront supprimés en France, sans qu'il puisse en être établi de semblables à l'avenir.* Cette

disposition, *la loi ne reconnaîtra plus de vœux monastiques*, revient donc absolument au même que si le législateur eût dit : *tous les vœux monastiques qui ont été prononcés jusqu'à ce jour, sont dissous pour l'avenir, et il ne pourra plus désormais en être prononcé de semblables.* Mais vouloir qu'en s'expliquant ainsi, le législateur ait fait entendre qu'on ne pourrait plus regarder en France comme religieux, les moines établis en pays étrangers, c'est une absurdité. Est-ce qu'en France, où l'ancienne noblesse a été abolie par la loi du 19 juin 1790, on ne traite pas encore de ducs, de marquis, de comtes, de barons, les étrangers qui, avant cette loi, étaient revêtus de ces titres dans leur pays? Est-ce que la convention nationale elle même n'a pas donné ces titres aux ambassadeurs du roi de Suède, du grand-duc de Toscane et de la république de Venise, lorsqu'ils ont été admis dans son sein pour lui présenter leurs lettres de créance? Et quelle raison y aurait-il de ne pas restreindre l'abolition des vœux monastiques aux religieux français, comme on restreint bien constamment aux ci-devant nobles français, l'abolition de l'ancienne noblesse? La loi française n'a assurément pas plus de pouvoir sur les étrangers par rapport aux vœux monastiques, qu'elle n'en a sur eux par rapport à la noblesse.

» Comment, d'ailleurs, la cour d'appel de Liége n'a-t-elle pas été frappée des conséquences de son système? Comment n'a-t-elle pas senti qu'admettre les sœurs Vonthyssen à succéder en France, c'était s'engager à y admettre également tous les religieux allemands, polonais, russes, grecs, romains, sardes, espagnols et portugais qui auraient en France des parens plus ou moins éloignés? Et a-t-elle pu penser qu'une mesure aussi impolitique pouvait être d'accord avec les intentions du législateur?

» En second lieu, bien loin qu'en déclarant que la loi ne reconnaîtrait plus de vœux monastiques, le décret du 13 février 1790 ait entendu admettre les religieux étrangers à succéder en France, il est certain au contraire que, par cette déclaration, il n'entendait pas même habiliter les religieux français à recueillir en France les Successions de leurs parens, et c'est ce qu'un autre décret du 20 du même mois a manifesté de la manière la plus positive : *Les religieux qui sortiront de leurs maisons* (portait ce second décret), *demeureront incapables de Successions, et ne pourront recevoir par donation entre-vifs et testamentaire, que des pensions viagères.*

» Et voulons-nous une preuve sans réplique, que les lois des 18 vendémiaire et 17 nivôse an 2 n'ont dérogé à ce décret que pour les religieux français? Nous la trouverons d'abord dans le soin que prennent ces deux lois, de restreindre leur disposition aux *ci-devant religieux*, termes qui, encore une fois, sont exclusifs des religieux actuels, des religieux établis en pays étrangers. Nous la trouverons ensuite dans la charge qu'elles imposent aux ci-devant religieux qu'elles admettent à succéder, de supporter, relativement aux pensions qu'ils reçoivent de l'État, une diminution proportionnée aux revenus qui leur échoiraient, à titre successif : *Les ci-devant religieux et religieuses* (est-il dit dans la première de ces lois) *seront admis à partager dans les Successions à échoir, à compter de ce jour, concurremment avec leurs autres cohéritiers, à la charge que leur traitement diminuera en proportion du revenu qu'ils prendront dans lesdites Successions.* Les art. 3 et 4 de la seconde loi portent la même chose.

» Qu'on ne dise pas, au reste, que la disposition de la coutume de Gueldres, qui déclare les religieux incapables de succéder, est abrogée par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12.

» Il est vrai qu'aux termes de cet article, les *lois romaines*, les *ordonnances*, les *coutumes générales ou particulières cessent d'avoir force de loi dans les matières qui sont l'objet des lois composant le Code civil*, et cela, *à compter du jour* où chacune de ces lois *est exécutoire;* ce qui, pour le titre *des Successions* du Code civil, remonte au mois de floréal an 11, conséquemment à une époque antérieure à la mort du sieur Vonthyssen.

» Mais, parmi *les matières qui sont l'objet des lois composant le Code civil*, nous ne trouvons rien de relatif aux religieux. Les lois anciennes qui concernent l'état des religieux, celles qui les déclarent, ou morts civilement en général, ou spécialement incapables de succéder, ne sont donc pas comprises dans l'abrogation prononcée par la loi du 30 ventôse an 12. Ces lois subsistent donc dans toute leur force, à l'égard des individus qui sont encore religieux.

» On objectera sans doute que les Successions sont au nombre des *matières* dont s'occupe le Code civil, que l'incapacité des religieux se réfère aux Successions, et que, dès-lors, le Code civil efface nécessairement cette incapacité par son silence.

» Mais que l'on nous permette une question : les émigrés qui n'ont pas été admis au bénéfice de l'amnistie accordée par le sénatus-consulte du 6 floréal an 10, pourraient-ils

aujourd'hui recueillir en France une Succession qui leur serait déférée par l'ordre naturel de la parenté? Certes, la négative ne trouvera aucun contradicteur. Cependant on peut dire aussi que l'incapacité qui résulte de l'émigration, se réfère principalement aux Successions qui forment l'un des objets majeurs dont s'est occupé le Code civil; que le Code civil a déterminé les incapacités de succéder; qu'il en a fixé le nombre à trois; qu'il n'a point parlé de celle des émigrés; qu'à la vérité, il met la mort civile au rang de ces incapacités; mais que la mort civile prononcée contre les émigrés par la loi du 28 mars 1793, n'est rappelée dans aucune de ses dispositions, et qu'il ne parle que de la mort civile qui résulte des condamnations judiciaires.

» Et sur quel fondement voudrait-on prétendre que l'incapacité des religieux est effacée par le Code civil, tandis que bien constamment celle des émigrés ne l'est pas? Il n'y a aucune différence entre l'une et l'autre : si celle-ci dérive de l'état des émigrés, celle-là dérive de l'état des religieux; et puisqu'on est forcé de convenir que celle-ci a survécu à la promulgation du Code civil, il faut bien que l'on convienne aussi que le Code civil n'a point aboli celle-là.

» Pourquoi le Code civil n'a-t-il aboli ni l'une ni l'autre? Parceque, bien qu'elles se réfèrent aux Successions, ce n'est cependant pas aux Successions qu'elles se bornent; parcequ'elles tiennent à l'état des personnes qui en sont frappées; parcequ'elles ont leur racine, l'une dans la mort civile qui constitue l'état des émigrés, l'autre dans l'impuissance d'acquérir qui caractérise essentiellement les religieux; parceque l'incapacité de succéder n'est, pour les émigrés comme pour les religieux, qu'une branche, qu'un accessoire, qu'une conséquence de leur incapacité générale et universelle; parceque leur incapacité générale et universelle n'est pas entrée dans le cadre des matières dont s'est occupé le Code civil; parceque, dès-lors, le Code civil a laissé subsister leur incapacité générale et universelle.

» Il n'est donc pas possible d'en disconvenir : la cour d'appel de Liége devait regarder la coutume du haut-quartier de Gueldres, comme ayant encore force de loi contre les religieux étrangers; et en jugeant le contraire, en déclarant les sœurs Vonthyssen habiles à succéder à leur père *ab intestat*, elle a formellement violé cette coutume.

» Mais ce n'est pas seulement *ab intestat*, ce n'est pas seulement en vertu de la loi, c'est aussi par testament, c'est aussi comme héritières instituées, qu'elle a déclaré les sœurs Vonthysssen habiles à succéder à leur père; et de là naît une nouvelle question, celle de savoir si, d'après les dispositions du Code civil, les sœurs Vonthyssen ont pu recevoir de leur père le titre et les droits d'héritières testamentaires.

» Elles l'ont certainement pu, si la loi ne les en déclare pas incapables : car, en cette matière, les incapacités ne se suppléent pas; il faut que la loi les prononce textuellement : ainsi l'a réglé l'art. 902 du Code civil.

» Les sœurs Vonthyssen sont-elles donc dans un des cas d'incapacité prévus par la loi? Voilà ce que nous avons à examiner.

» Et d'abord, sont-elles incapables, par la seule raison qu'elles sont étrangères? Non : d'une part, l'art. 11 du Code civil porte que *l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra.* De l'autre, il est dit par l'art. 912 du même Code, que *l'on ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans les cas où cet étranger pourra disposer au profit d'un Francais;* ce qui suppose clairement que l'étranger peut recevoir en France, lorsque, par les traités faits entre la France et sa nation, un Français peut recevoir dans le pays où cet étranger exerce ses droits de cité. Or, il est constant, et les parties ont unanimement reconnu, que, d'après les traités existans entre la France et les États où sont situés les monastères des demoiselles Vonthyssen, les Français sont habiles à recueillir toutes sortes de donations et de legs, tant universels que particuliers, dans ces États.

» Mais les demoiselles Vonthyssen ne sont pas seulement étrangères : elles sont aussi religieuses; et nous venons de voir que, par le décret du 20 février 1790, les religieux français, et à plus forte raison les religieux étrangers, qui sortiraient de leurs monastères, ont été maintenus dans leur incapacité de recevoir, par donation entre-vifs ou testamentaire, autre chose que des alimens. Que cette incapacité ait été implicitement abolie par les lois des 18 vendémiaire et 17 nivôse an 2; que les lois des 18 vendémiaire et 17 nivôse an 2, en déclarant les religieux habiles à succéder, les aient implicitement déclarés habiles à recueillir des donations, des institutions d'héritier, des legs universels, nous en convenons. Mais, nous l'avons déjà dit, ces lois n'ont disposé qu'en faveur des *ci-devant religieux* français; elles n'ont pas disposé en faveur des religieux actuels, en faveur des

religieux étrangers. L'incapacité dans laquelle la loi du 20 février 1790 maintient les religieux en général, subsiste donc encore à l'égard des étrangers qui sont encore religieux; elle subsistait donc encore relativement aux sœurs Vonthyssen, lorsque s'est ouverte la Succession de leur père; et tout le monde sait que le moment de l'ouverture d'une Succession est principalement celui que l'on considère pour déterminer la capacité ou l'incapacité, soit de l'héritier institué, soit du légataire universel, soit du légataire particulier.

» En second lieu, une vérité qu'il est impossible de méconnaître, c'est qu'en leur qualité de religieuses, les sœurs Vonthyssen étaient, au moment où est mort leur père, incapables de disposer par testament.

» La chose est évidente pour celles qui ont fait profession dans les États prussiens où, comme nous l'avons déjà vu, la loi les constitue expressément en état de mort civile, avec la déclaration positive qu'elles *sont inhabiles à acquérir ou à posséder des propriétés ou d'autres droits*, ET D'EN DISPOSER.

» Et à l'égard de celles qui ont fait profession dans le comté d'Arensberg, cela résulte du principe; que par l'effet de leur vœu de pauvreté, elles ne peuvent rien posséder, ni par conséquent disposer de rien.

» Ce principe et sa conséquence sont presque aussi anciens que le monachisme. Dès l'année 535, l'empereur Justinien ordonnait, par sa 5e novelle, chap. 5, que tout individu qui entrerait dans un cloître, perdit de plein droit la propriété de ses biens, qu'elle passât à son monastère, et qu'il ne lui fût plus permis d'en disposer : *Illud quoque decernimus : qui in monasterium introire voluerit, antequàm monasterium ingrediatur, licentiam habere suis uti quo voluerit modo. Ingredientem namque simul sequuntur omninò res, licet non expressim qui introduxerit eas, dixerit; et non erit dominus earum ulteriùs ullo modo.*

» Le concile de Trente a renouvelé cette disposition : *Nemini igitur regularium tam virorum, quàm mulierum* (dit-il, sess. 25, *de regularibus*, chap. 2) *liceat bona immobilia vel mobilia, cujuscumque qualitatis fuerint, etiam quovis modo ab eis acquisita, tanquam propria, aut etiam nomine conventûs, possidere vel tenere; sed statim ea superiori tradantur conventuique incorporentur. Nec deinceps liceat superioribus bona stabilia alicui regulari concedere, etiam ad usumfructum, vel usum, administrationem aut commendam.*

» Et l'on ne peut douter que le concile de Trente ne fasse loi en Allemagne, dans tous les points sur lesquels il ne contrarie ni les droits de provinces, ni ceux de l'empire. Horix, *de fontibus juris canonici Germaniæ*, §. 42, Wiese, dans son *Manuel du Droit ecclésiastique allemand*, tome 1, page 503, et Glück, dans son ouvrage imprimé à Halle, en 1786, sous le titre *de præcornita uberiora universæ jurisprudentiæ ecclesiasticæ Germanorum*, §. 69, page 109, s'accordent à dire que *inter catholicos concilium Tridentinum receptum est saltem in subsidium, salvis scilicet provinciarum et imperii Germanici juribus salvisque concordatis.* Or, il est bien sûr que les lois du comté d'Arensberg, loin d'être en discordance avec les dispositions du concile de Trente, sur l'effet du vœu solennel de pauvreté, ne font que les confirmer de plus en plus : l'ordonnance du 28 mars 1774, que nous avons déjà citée, porte notamment, art. 6, que les religieux ne pourront, avant leur profession, se réserver sur leurs biens, qui, dès-lors, passeront à leurs héritiers testamentaires ou *ab intestat*, qu'une pension annuelle dont elle fixe le *maximum* à 50 écus, qui font, en monnaie de France, 151 francs 92 centimes.

» Cela posé, il nous sera bien facile de juger si les sœurs Vonthyssen peuvent recueillir en France les avantages dont leur père les a gratifiées par son testament.

» D'abord, auraient-elles pu disposer au profit de leur père? Nous venons de voir que non. Mais dès-lors, comment leur père aurait-il pu disposer en leur faveur? L'art. 912 du Code civil ne dit-il pas que *l'on ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourra disposer au profit d'un Français?* Ne résulte-t-il pas de cet article, que, pour qu'un étranger puisse profiter d'une disposition testamentaire faite en sa faveur par un Français, il faut qu'il y ait entre ce Français et lui une capacité réciproque de donner?

» Non, a dit la cour d'appel de Liége : la réciprocité dont parle cet article, *doit s'entendre d'une réciprocité de nation à nation, d'une réciprocité générale et indéfinie, et non d'une réciprocité particulière et individuelle.*

» Mais interpréter ainsi la loi, c'est la méconnaître, c'est violer ouvertement son propre texte. La loi ne dit pas : *On ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où les citoyens ou sujets de l'État auquel appartient cet étranger, pourront disposer au profit d'un Français;* elle dit au contraire : *On ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où* CET ÉTRANGER *pourra disposer, etc.;* et par ces mots *cet étranger*, elle établit nettement que ce n'est pas à la capacité

générale des membres de la nation dont cet étranger fait partie, que l'on doit avoir égard; que l'on ne doit considérer que la capacité individuelle de cet étranger; et que, pour qu'il soit habile à recevoir en France, il faut que, dans son pays, il soit individuellement capable de donner à un Français.

» Sans doute, si son incapacité de disposer ne dérivait que d'un défaut accidentel, s'il était mineur, s'il était interdit, il n'en serait pas moins capable de recevoir d'un Français; et pourquoi? Parceque, bien que momentanément incapable de disposer, il en est *habituellement* capable; parceque son incapacité peut cesser avec la cause momentanée qui la produit; parceque son incapacité actuelle ne lui ôte pas l'espérance d'être un jour habile à disposer en faveur d'un de nos concitoyens.

» Mais quand son incapacité tient à son état personnel; quand, majeur et jouissant de toutes ses facultés physiques et morales, il n'en est pas moins incapable de faire un testament; quand c'est la loi de son pays qui, dans tous les cas et quelle que soit sa position, lui lie absolument les mains, quand la loi de son pays fait de sa personne un être purement passif: alors il n'y a plus de réciprocité possible entre lui et le Français; et conséquemment alors le Français ne peut pas plus disposer à son profit, qu'il ne peut lui-même disposer au profit d'un Français. La loi le dit en termes exprès, et son texte est trop formel, trop général, pour qu'on puisse l'éluder par de vaines distinctions qu'il ne comporte pas.

» Ce n'est pas tout. De ce que les sœurs Vonthyssen sont, par leur état de religieuses, incapables de posséder aucun bien en propre, il suit nécessairement de deux choses l'une: ou que les biens de leur père passeront à leur monastère, ou qu'ils demeureront vacans. Mais, qui ne voit que, dans les deux cas, les lois françaises seraient violées par l'exécution du testament qui leur défère ces biens?

» Si leurs monastères s'appropriaient ces biens, qu'arriverait-il? Que des corporations étrangères profiteraient, sans l'autorisation du gouvernement, d'une disposition testamentaire qui, faute d'autorisation du gouvernement, ne pourrait pas, aux termes de l'art. 910 du Code civil, avoir d'effet en faveur d'une corporation française; que des corporations étrangères auraient, sur les corporations francaises, l'avantage de n'être pas soumises à une loi qui est faite pour toutes les corporations indistinctement; et c'est assez dire qu'une hypothèse aussi absurde ne peut pas se réaliser.

» Et qu'arriverait-il, d'un autre côté, si les monastères des sœurs Vonthyssen ne profitaient pas des biens dont il s'agit; si, par une suite nécessaire de l'incapacité dans laquelle sont les sœurs Vonthyssen de les posséder elles-mêmes, ces biens demeuraient vacans? Alors, sans doute, ils appartiendraient à l'État par droit de déshérence. Mais qu'est-ce qui ignore que l'État ne peut exercer le droit de déshérence, qu'à défaut des héritiers appelés par la loi? Et a-t-on jamais vu le fisc s'emparer, au préjudice des successeurs légitimes *ab intestat*, d'une hérédité dont le testateur a disposé en faveur de personnes incapables de la recueillir?

» La cour d'appel de Liége n'a donc pas mieux jugé, en admettant les sœurs Vonthyssen comme héritières testamentaires, qu'en les admettant, comme héritières *ab intestat*, à la Succession de leur père; sous l'un comme sous l'autre rapport, elle a violé les lois les plus positives qui devaient déterminer sa décision; et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt qui vous est dénoncé ».

Par arrêt du 24 août 1808, au rapport de M. Bauchau, et après un délibéré,

« Vu les art. 726 et 912 du Code civil;

» Considérant que de ces articles il résulte qu'une parfaite réciprocité est une condition nécessaire des droits qu'un étranger peut exercer en France pour recueillir ou transmettre une Succession;

» Que cette réciprocité est exigée, non-seulement de nation à nation, mais même de particulier à particulier;

» Considérant qu'il est constant que, suivant les lois anciennes, les religieux et religieuses établis, soit en France, soit en Prusse, soit dans l'électorat de Cologne, étaient incapables de recueillir ou transmettre une Succession;

» Que ces anciennes lois n'étaient pas révoquées à l'époque de l'ouverture de la Succession du sieur Vonthyssen;

» Qu'aujourd'hui même encore, un religieux prussien n'a aucune Succession dont il puisse disposer; qu'il ne peut conséquemment disposer en faveur d'un Français;

» Que, par une conséquence ultérieure, fondée sur le texte même de l'art. 913 du Code civil, un Français ne peut disposer au profit d'un religieux prussien;

» Que, de ce qui précède, il résulte que la cour d'appel de Liége, en adjugeant aux défenderesses la Succession de leur père, a violé les articles précités;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...».

Ce qui a été jugé par cet arrêt, d'après

l'art. 913 du Code civil, relativement à une Succession testamentaire réclamée en France par des religieuses allemandes, l'a été de même, d'après l'art. 726, et contre un religieux italien du chef duquel était réclamée une Succession *ab intestat* ouverte en France, par un autre arrêt du 1er février 1813, rapporté, avec les conclusions qui l'ont précédé de ma part, aux mots *Renonciation à une Succession future*, §. 6.

Mais depuis ces deux arrêts, est survenue la loi du 14 juillet 1819, par laquelle *les art. 726 et 912 du Code civil sont abrogés*, et les étrangers investis, en conséquence, du *droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume.*

Est-ce à dire pour cela que, si un moine étranger venait aujourd'hui réclamer en France, soit une Succession testamentaire, soit une Succession *ab intestat*, il devrait être admis à la recueillir?

Non sans doute; il devrait, au contraire, être exclu comme incapable, d'après nos anciennes lois, parceque, comme je l'ai prouvé dans les conclusions sur lesquelles ont été rendus les deux arrêts des 24 août 1808 et 1er février 1813, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 n'abroge nullement celles de nos anciennes lois qui déclaraient les religieux profès incapables de succéder, soit *ab intestat*, soit en vertu de testamens.]]

ART. III. *De l'incapacité de succéder, qui résulte de l'émigration.*

I. Nous ne répéterons pas ici ce que nous avons dit de ce genre d'incapacité, sous les mots *Émigration*, *Mort civile* et *Religionnaire*; mais il y a, sur la manière de l'encourir et de s'en relever, deux questions qui méritent de nous arrêter un instant:

La première, si les enfans d'un protestant français qui s'est retiré en pays étranger, peuvent prétendre qu'il n'a pas encouru la mort civile, sous prétexte qu'on ne lui a pas fait son procès;

La seconde, si, en rentrant en France après la mort de leur père, ces enfans peuvent réclamer une succession qui était ouverte avant leur retour.

Ces deux questions ont été jugées pour la négative, par deux arrêts du parlement de Paris des 29 juillet 1777 et 29 août 1778.

Dans l'espèce du premier, Jean Giraut, ministre protestant, s'était réfugié à Genève dans le temps où les religionnaires, prévoyant la révocation de l'édit de Nantes, commençaient à déserter la France. Il s'y était marié, y avait eu des enfans, et y était mort sans marquer le moindre esprit de retour. Antoine Giraut, l'un de ses fils, passa en 1702 une procuration, dans laquelle il s'annonça comme habitant de Genève, en témoignant néanmoins le dessein de revenir en France; mais il continua de vivre à Genève, et il y mourut laissant deux filles. De celles-ci, l'une fixa sa demeure dans un petit village de Savoie, où elle fit abjuration; l'autre conserva la demeure et la religion de son père. Elles avaient toutes deux près de soixante-quinze ans, lorsqu'il leur échut une Succession à Paris: elles vinrent la réclamer, et, pour donner une couleur plus favorable à leur demande, elles déclarèrent qu'elles entendaient se fixer pour toujours en France. Mais déjà d'autres héritiers, au même degré qu'elles, s'étaient mis en possession de l'hérédité; et ils ne manquèrent pas de leur opposer les principes généraux par lesquels sont réputés étrangers, ceux qui quittent leur patrie pour en adopter une autre, l'édit de 1669, la déclaration de 1725, etc.

La cause portée à la grand'chambre du parlement de Paris, les filles Giraut soutenaient qu'il n'avait pas été au pouvoir de leur aïeul ni de leur père, de les priver des droits de citoyens français; qu'en revenant en France, elles recouvraient ces droits dans toute leur plénitude; que leur déclaration au greffe devait avoir un effet rétroactif, *jure postliminii*; que telle était la jurisprudence constante des arrêts; que M. d'Aguesseau, dans un de ses plaidoyers, en cite trois uniformes; que la déclaration du 27 octobre 1725 ne parlait que des réfugiés et de leurs enfans; qu'il n'y était pas question des petits-enfans, et qu'une loi pénale n'est susceptible d'aucune extension; que d'ailleurs en France, on ne connaît point de peine encourue de plein droit et sans condamnation juridique; qu'on n'avait point fait le procès à Jean Giraut; qu'il n'avait point été condamné; que ni son corps ni ses biens n'avaient été confisqués; qu'il n'avait donc pas été réputé étranger par le fait de sa retraite; que c'était un simple voyageur qui n'avait pas cessé d'être Français; que, par conséquent, ses petites-filles, quoique nées dans une terre étrangère, n'en étaient pas moins Françaises et habiles à succéder à leurs parens décédés en France.

M. l'avocat-général Joly de Fleury a dit que le droit de *postliminium* ne peut pas avoir lieu en faveur de ceux qui se retirent volontairement de leur patrie; qu'ainsi, le retour d'un Français expatrié ne peut avoir un effet

rétroactif, que lorsqu'il a conservé l'esprit de retour, et non lorsqu'il a marqué par sa conduite, qu'il renonçait à sa patrie pour en adopter une nouvelle; que les arrêts cités par M. d'Aguesseau, avaient été rendus dans des espèces différentes; que la déclaration du 27 octobre 1725 comprenait les petits-enfans par argument *à fortiori*; que la mort civile, lorsqu'elle est la peine de la sortie du royaume, s'encourt par le seul fait et sans condamnation; que c'est la décision précise de la loi 5, D. *de capite minutis*; et que trois arrêts des 21 juin 1700, 11 mai 1705 et 26 février 1706, rapportés par Augeard, l'ont ainsi jugé.

En conséquence, M. l'avocat-général a estimé qu'il y avait lieu de déclarer les filles Giraut non-recevables dans leurs demandes, et il est intervenu sur-le-champ un arrêt conforme à ses conclusions.

Le second arrêt a été rendu à la deuxième chambre des enquêtes, du même parlement, au rapport de M. Le Riche de Chevigné. En voici l'espèce:

Elie Blin avait épousé Anne d'Epic. Tous deux étaient nés dans le village de Laongs en Perche, et professaient la religion prétendue réformée. De leur mariage, ils eurent six enfans: Elie, Pierre, Jacques, Jean, Madeleine et Jacqueline; Anne d'Epic, devenue veuve, les éleva dans le culte qu'elle avait embrassé.

Louis XIV ayant rendu différens édits pour l'abolition de la réforme en France, la veuve Blin et ses deux filles abjurèrent; mais Elie, Pierre, Jacques et Jean abandonnèrent leur patrie, et se réfugièrent en Angleterre. Là, Elie Blin aîné épousa Marie Blin, sa parente, et, comme lui, religionnaire fugitive; il en eut deux filles; Marie, qu'il maria avec Jean Paccore, Anglais, et Elisabeth, qui épousa Thomas Plecher, de la même nation.

Jean mourut à Londres, en 1750, sans postérité; Jacques, revenu en France, en 1768, y décéda aussi sans enfans.

Enfin, Pierre Blin, le second des quatre frères, épousa, en 1720, Marie-Madeleine Helloin, aussi religionnaire fugitive: il eut de ce mariage une fille nommée Suzanne Blin, née à Londres, le 25 octobre 1728. Celle-ci épousa, en 1755, Pierre Bellanger, autre religionnaire fugitif: de ce mariage sont également nées, en Angleterre, Marie-Madelaine et Suzanne Bellanger.

Anne d'Epic, veuve Blin, par la fuite de ses quatre fils, n'avait plus d'autres héritiers que ses filles, comme elle devenues catholiques; cette veuve étant décédée en 1760, Anne Blin, veuve Besnard, et consorts, leurs enfans et petits-enfans, recueillirent sa Succession.

Ils en jouissaient paisiblement, lorsqu'en 1768, Madeleine et Anne-Suzanne Bellanger, procédant sous l'autorité de leur père, formèrent contre eux, devant le juge de Joinville, une demande en partage des biens d'Anne d'Epic, leur bisaïeule, et mirent au greffe de cette juridiction un acte par lequel Bellanger père déclara, tant pour lui que pour ses enfans, qu'il était dans la résolution de finir ses jours en France.

Le juge de Joinville rendit, le 22 août 1772, une sentence par laquelle, vu cette déclaration, il ordonna le partage, et adjugea aux mineurs Bellanger 800 livres de provision.

Appel de cette sentence de la part d'Anne Blin, veuve Besnard et consorts, devant le bailli du comté-pairie de Brezolles, qui, par une autre sentence du 13 juillet 1776, déclara les mineures Bellanger non-recevables dans leur demande, et les condamna à la restitution des 800 livres de provision qu'elles avaient reçues.

Second appel à la cour de la part de ces mineures. Leurs moyens n'étaient qu'une répétition de ceux qu'avaient employés les filles Giraut en 1777.

Anne Blin et consorts répondaient, d'un côté, que Pierre Blin et Marie-Madeleine Helloin, aïeuls des mineures Bellanger, ayant quitté la France, et s'étant fixés à perpétuelle demeure en pays étranger, avaient cessé d'être Français; de l'autre, que la Succession d'Anne d'Epic s'étant ouverte huit ans avant le retour des mineures Bellanger en France, et ayant été recueillie par les héritiers régnicoles, elles ne pouvaient les y troubler.

Par l'arrêt cité, la sentence qui avait déclaré les mineures Bellanger non-recevables, a été confirmée, avec amende et dépens.

La jurisprudence établie par ces deux arrêts, n'est pourtant pas sans contradicteurs: on pourrait même, à la première vue, la regarder comme contraire aux principes établis sous le mot *Religionnaire*, §. 8; mais ce qui doit achever de la justifier pleinement, c'est qu'elle n'est, en quelque sorte, que l'écho de ce que pensait à cet égard M. le chancelier d'Aguesseau.

Voici ce que porte une lettre de ce magistrat aux officiers de la gouvernance de Lille (elle est écrite de Fontainebleau, et datée du 1er septembre 1748):

« Messieurs...., suivant les lois du royaume, ceux qui en sont sortis pour cause de religion, sont incapables d'y succéder ou d'y recueillir des legs.

» La prétention des nommés Gratien et Jacques-Philippe Duhamel n'est donc pas recevable; c'est assez pour eux d'avoir profité (en 1715) de la liberté qui leur était accordée par le traité d'Utrecht, de se retirer dans les pays étrangers, et d'y transporter les effets qu'ils avaient alors.

» Mais, à présent qu'il s'agit d'une Succession échue depuis l'année pendant laquelle ils avaient cette faculté, ils invoquent mal à propos le secours d'un traité qui n'a aucune application à l'affaire que vous avez à régler, et que vous ne pouvez décider que suivant les lois du royaume, qui ne permettent pas qu'on admette des étrangers, et surtout des religionnaires fugitifs, à partager, à titre de legs ou autrement, une Succession échue en France depuis leur sortie du royaume (1) ».

II. On a vu, au mot *Religionnaire*, §. 10, que des décrets de l'assemblée constituante, sanctionnés par Louis XVI, ont abrogé les lois de l'ancien régime qui déclaraient les religionnaires morts civilement par l'effet de leur expatriation.

Les questions que ces décrets ont fait naître, sont traitées au même endroit.

III. Les lois relatives à l'état de ceux qui ont émigré pendant la révolution, et aux effets qui résulteraient d'une émigration postérieure à la loi du 12 ventôse an 8, sont rappelées sous le mot *Émigration*, §. 2 et 16.

IV. 1° Les émigrés amnistiés par le sénatus-consulte du 6 floréal an 10 ont-ils droit aux Successions qui se sont ouvertes pendant leur mort civile?

2° Y a-t-il, à cet égard, une différence entre les émigrés proprement dits, et ceux qui, avant la loi du 12 ventôse an 8, avaient réclamé en temps utile contre leur inscription sur la liste des émigrés, mais n'en avaient été rayés que provisoirement?

3° Le jugement rendu contre l'État au profit de plusieurs co-héritiers, a-t-il l'autorité de la chose jugée en faveur de ceux de leurs co-héritiers qui alors étaient émigrés, et dont l'État, par cette raison, confondait les droits en lui-même?

4° Les jugemens rendus en faveur d'un prétendant à une Succession, et contre l'État exerçant les droits d'héritiers émigrés, ont-ils l'autorité de la chose jugée contre ceux-ci, et la conservent-ils après leur élimination de la liste des émigrés, en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10?

5° Ces jugemens, lorsqu'ils concernent une Succession ouverte dans le département de la Seine, peuvent-ils être annulés sur la tierce-opposition des ex-émigrés amnistiés, soit sur le fondement que l'État n'y a été représenté que par le bureau du domaine national de ce département, soit sur le fondement que l'administration du département dans lequel les héritiers émigrés avaient eu leur domicile, n'y est pas intervenue?

6° Ces jugemens sont-il nuls de plein droit, lorsqu'ils ont été rendus sans qu'au préalable les particuliers qui avaient actionné l'État, eussent, conformément à l'art. 18 du tit. 3 de la loi du 5 novembre 1790, remis un mémoire à l'administration chargée de le représenter devant les tribunaux?

De ces six questions, la première, la troisième et la quatrième ont été agitées et jugées dans l'espèce suivante (1).

Le 25 juin 1790, la dame Costard de Quintanadoine, veuve Boisroussel, domiciliée à Bretigny, commune ressortissant alors au bailliage de Pont-Audemer, fait au sieur Crotat, officier d'infanterie, une donation entre-vifs du tiers indivis de tous ses immeubles: elle s'en réserve néanmoins l'usufruit, et elle déclare *que ladite donation n'aura lieu et effet, qu'au cas où le donataire survivra la donatrice; et que, s'il vient à mourir avant elle, ladite donation sera entièrement nulle et caduque.*

Le 17 brumaire an 5, décès de la dame Boisroussel, laissant pour héritiers plusieurs parens collatéraux, au nombre desquels figurent les sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville, tous deux inscrits sur la liste des émigrés.

Le gouvernement, exerçant les droits de ceux-ci, fait séquestrer tous les biens de la Succession.

Les héritiers régnicoles, se fondant sur la loi du 13 ventôse an 3, demandent la main-levée provisoire de ce séquestre, et l'obtiennent.

Le 4 brumaire an 6, l'administration du département de l'Eure, informée que le sieur Crotat est inscrit sur la liste des émigrés, prend un arrêté par lequel elle ordonne le rétablissement du séquestre, *à cause des*

(1) J'ai extrait cette lettre du *registre aux résolutions particulières de la gouvernance de Lille.*

(1) On y a également agité et jugé deux autres questions qui sont indiquées sous les mots *Émigration*, §. 12, et *Requête civile*, §. 1, n° 13-10.

droits nouveaux de la république, par l'effet de la donation du 25 juin 1790.

Le 3 nivôse suivant, autre arrêté qui, d'après la loi du 13 ventôse an 3, lève provisoirement le séquestre, et renvoie les héritiers régnicoles en possession de tous les biens, à la charge de rendre compte des fruits, lors du partage à faire entr'eux et la république.

Le 24 floréal de la même année, troisième arrêté par lequel,

« Considérant que *la donation dont il s'agit, a été revêtue de toutes les formalités de l'insinuation, et autres prescrites par les lois, et qu'en conséquence la république ne peut et ne doit pas être plus long-temps privée de ses effets;* que le moyen le plus sûr d'amener les héritiers au partage, est de rétablir le séquestre, parcequ'ils pourront jouir provisoirement de la portion qui leur appartiendra par la suite, et *que la république percevra, à cause de la donation dont il s'agit, le tiers des biens,* et deux portions dans les deux autres tiers, à cause des deux co-héritiers émigrés;

» L'administration arrête, ouï le commissaire du directoire exécutif, que le séquestre sera rétabli, en attendant le partage provisoire ou définitif entre la république et les co-propriétaires ».

Le 5 prairial an 6, les héritiers régnicoles obtiennent de la même administration, un arrêté qui les autorise à faire assigner le commissaire du gouvernement établi près d'elle, pour voir dire que la donation faite au sieur Crotat, le 25 juin 1790, sera déclarée nulle et caduque: nulle, pour défaut d'insinuation; caduque, parcequ'il n'est pas prouvé que le sieur Crotat ait survécu à la donatrice.

L'assignation est donnée, en conséquence, le 27 messidor de la même année.

La cause portée à l'audience du tribunal civil du département de l'Eure, le commissaire du gouvernement rapporte la preuve que la donation a été insinuée au bailliage de Pont-Audemer, et il conclud de là que la formalité de l'insinuation a été remplie dans le lieu du domicile de la donatrice. Mais il ne prouve, ni que la donation a été insinuée aux bailliages de Bernay et de Pont-l'Évêque, lieux de la situation des biens, ni que le sieur Crotat ait survécu à la veuve Boisroussel.

Le 1er nivôse an 7, jugement qui, adoptant les deux moyens de nullité employés contre la donation, et attendu, notamment, que la commune de Bretigny, lieu du domicile de la veuve Boisroussel, ne ressortissait pas, en 1790, au bailliage de Pont-Audemer, mais à celui de Bernay, *déclare la donation nulle et caduque, et envoie les héritiers en la propriété de tous les biens restés au suppôt de la Succession de la donatrice.*

Le commissaire du gouvernement appelle de ce jugement au tribunal civil du département de Seine et Oise.

Le 3 thermidor an 7, jugement par défaut, qui rejette son appel. Il y forme opposition, et la cause se plaide contradictoirement.

Le 13 frimaire an 8, jugement qui ordonne, avant faire droit, que le commissaire du gouvernement prouvera, dans quatre décades, 1° que la commune de Brétigny appartenait, en 1790, au ressort du bailliage de Pont-Audemer; 2° que le registre aux insinuations du bailliage de Bernay n'existe plus.

Le commissaire du gouvernement ne satisfait pas à ce jugement; et le 14 pluviôse an 8, il est, par défaut, débouté de son opposition à celui du 3 thermidor an 7.

Recours en cassation de la part du préfet du département de l'Eure. Du premier abord, sa requête est admise; mais elle est ensuite rejetée, pour vice de forme, par un arrêt contradictoire du 12 nivôse an 10, qui est rapporté dans mon *Recueil de Questions de Droit*, à l'article *Cassation*, §. 33.

Peu de temps après, les registres aux insinuations des bailliages de Bernay et de Pont-l'Évêque se retrouvent; et l'on acquiert la preuve indubitable que la donation du 25 juin 1790 a été insinuée dans ces deux bailliages.

Le sieur Crotat reparaît alors; et muni d'un arrêté du gouvernement, du 5 fructidor an 9, qui le raie de la liste des émigrés, il se pourvoit devant le tribunal civil de l'arrondissement de Bernay, tant contre le préfet du département de l'Eure, comme représentant les émigrés Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville, que contre les héritiers régnicoles de la veuve Boisroussel, et il demande l'exécution de l'acte de donation du 25 juin 1790.

Le préfet, comme représentant les émigrés Bellemare, s'en rapporte à la prudence des juges; mais, comme exerçant les droits acquis au sieur Crotat, pendant son émigration, il adhère à la demande de celui-ci, et conclud à ce que les fruits des biens donnés, qui sont échus avant sa radiation, soient adjugés à la république.

Les héritiers se retranchent dans l'exception de chose jugée.

Le sieur Bellemare-Delamotte se présente avec un brevet d'amnistie qu'il a obtenu de-

puis peu du gouvernement, et déclare adhérer à l'exception des héritiers régnicoles.

Le 25 prairial an 11, le tribunal de Bernay rejette cette exception, et ordonne aux héritiers de plaider au fond.

Les héritiers appellent de ce jugement. Le sieur Bellemare-d'Ocquainville, également amnistié, intervient sur cet appel, et se joint aux appelans.

Le 11 messidor an 12, arrêt de la cour d'appel de Rouen, qui, admettant l'exception de chose jugée, et réformant le jugement du tribunal de Bernay, *déclare Crotat non-recevable dans son action, et semblablement la république non-recevable dans sa demande.*

Le sieur Crotat et le préfet du département de l'Eure se pourvoient en cassation.

Leurs requêtes sont admises par arrêt du 17 février 1806.

Les héritiers, assignés en vertu de cet arrêt, devant la section civile, soutiennent que les demandeurs en cassation sont non-recevables, et subsidiairement qu'ils doivent être déboutés.

« Les fins de non-recevoir que l'on oppose aux demandeurs (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 27 juin 1808) ne sont pas de nature à vous arrêter long-temps.

» La première consiste à dire que le sieur Bellemare-Delamotte n'étant pas compris dans le nombre des parties dont l'arrêt de la section des requêtes, du 17 février 1806, a permis la citation, n'a ni été ni dû être assigné en vertu de cet arrêt; qu'ainsi, le recours des demandeurs lui est étranger; et que, par suite, l'arrêt de la cour d'appel de Rouen a acquis, dans son intérêt, l'autorité de la chose irrévocablement jugée.

» Quel peut être le but d'un pareil argument? Les défendeurs entendent-ils, de ce que le sieur Bellemare-Delamotte n'est pas nommément en cause, conclure que le recours des demandeurs n'est recevable envers aucun d'eux? Ce serait une absurdité.

» Entendent-ils seulement inférer de là que l'arrêt de la cour d'appel de Rouen est inattaquable, quant à la part du sieur Bellemare-Delamotte dans l'objet litigieux? La conséquence ne serait pas plus juste. Car le sieur Bellemare-Delamotte n'était pas plus partie devant la cour d'appel de Rouen, qu'il ne l'était devant vous: il plaidait devant la cour d'appel de Rouen par l'organe du sieur Daniel, cessionnaire de ses droits; et le sieur Daniel a été, comme cessionnaire de ses droits, assigné à comparaître devant vous: il l'a même été en vertu de l'arrêt de la section des requêtes, dans lequel il est nommément compris.

» La deuxième fin de non-recevoir est tirée du décret qui, depuis l'arrêt de la section des requêtes, du 17 février 1806, c'est-à-dire, le 10 mars 1807, a rejeté la demande du sieur Crotat en rapport de l'arrêté de l'administration du département de l'Eure, du 6 prairial an 6, par lequel les héritiers de la veuve Boisroussel avaient été autorisés à poursuivre devant les tribunaux et contre cette administration elle-même, la nullité de la donation dont il s'agit.

» Mais que résulte-t-il de ce décret? Une seule chose: c'est que l'administration du département de l'Eure a valablement plaidé devant les tribunaux, en l'an 7 et en l'an 8, contre les héritiers de la veuve Boisroussel; c'est que le sieur Crotat a échoué dans la tentative qu'il avait cru pouvoir hasarder pour faire annuler administrativement les jugemens qui ont servi de base à l'arrêt de la cour d'appel de Rouen; c'est par conséquent que les parties se retrouvent, par rapport à ces jugemens et à l'effet qu'ils doivent produire, dans le même état où elles étaient au moment où le recours des demandeurs a été admis par la section des requêtes.

» La troisième fin de non-recevoir est puisée dans les jugemens de l'an 7 et de l'an 8.

» Mais il est évident que, si ces jugemens ont pu former une fin de non-recevoir pour les défendeurs, devant la cour d'appel de Rouen, ils ne peuvent, devant vous, former pour eux qu'un moyen de défense au fond.

» C'est donc au fond que nous devons uniquement nous attacher; et nous croyons pouvoir réduire tout ce qui, à cet égard, vous a été dit de part et d'autre, à deux questions principales:

» La première, si la cour d'appel de Rouen a pu, sans franchir les bornes qui circonscrivent le pouvoir judiciaire, prononcer sur les contestations qui lui étaient déférées par l'appel du jugement du tribunal civil de Bernay, du 25 prairial an 11;

» La seconde, si, en prononçant sur ces contestations, elle a bien ou mal appliqué les lois relatives à l'autorité de la chose jugée.

» La première question nous paraît devoir être envisagée sous deux aspects: par rapport à ceux des héritiers de la veuve Boisroussel, qui demeuraient en France à l'époque de son décès; et par rapport à ceux de ces mêmes héritiers qui, à cette époque, étaient émigrés.

» Pour la résoudre sous le premier aspect, il n'est besoin que d'un seul mot : c'est que, par son arrêté du 5 prairial an 6, l'administration du département de l'Eure a déclaré qu'il appartenait aux tribunaux de décider si la donation du 25 juin 1790 était nulle ou valable; que cet arrêté, loin d'avoir été réformé par l'autorité supérieure, a été au contraire maintenu par le décret du 10 mars 1807; et que, bien certainement, la cour d'appel de Rouen était, avant que ce décret en eût prononcé la confirmation, in compétente pour l'annuler.

» Ajoutons surabondamment que cet arrêté est conforme aux vrais principes sur la distribution des pouvoirs.

» A la vérité, lorsque l'administration du département de l'Eure l'a pris, il en existait un autre du 24 floréal an 6, par lequel cette même administration avait considéré la donation comme valable.

» Mais.... si l'arrêté du 24 floréal an 6 considérait la donation comme valable, il ne décidait pas pour cela qu'elle le fût; il ne la considérait comme telle, qu'à l'effet de rétablir le séquestre sur les biens qui en étaient l'objet. Ce n'était donc que sous les rapports administratifs, qu'il en préjugeait la validité. Il n'était donc pas, comme dans le fait, il ne pouvait pas ôter, aux parties intéressées, le droit que leur assuraient les lois des 5 novembre 1790 et 19 nivôse an 4, de faire juger par les tribunaux si les biens mis sous la main de la nation, comme faisant partie du domaine public, étaient ou n'étaient pas véritablement des propriétés nationales.

» Sans doute, lorsque des biens ayant été vendus comme nationaux, on vient en attaquer la vente, sur le fondement qu'ils n'appartenaient pas à la nation, l'autorité administrative est seule compétente pour juger si, avant la vente, la nation en était ou non propriétaire. L'arrêté du directoire exécutif du 2 nivôse an 6 l'a ainsi décidé, et il n'a fait en cela que proclamer une conséquence nécessaire du principe consacré, ou plutôt rappelé, par la loi du 16 fructidor an 3, que les tribunaux ne peuvent annuler aucun acte de l'autorité administrative; car il est évident que juger non nationale une propriété qui a été vendue comme nationale, c'est annuler la vente que l'autorité administrative en a faite.

» Mais tant qu'un bien reste sous la main du gouvernement, tant que le gouvernement n'a pris, à l'égard de ce bien, d'autre mesure que de le séquestrer comme portion présumée du domaine public, les tribunaux sont ouverts à tout particulier qui se croit en droit de le revendiquer. S'il en était autrement, les lois des 5 novembre 1790 et 16 nivôse an 4 seraient absolument sans objet, comme sans application; et c'est d'ailleurs précisément pour ce cas même, que, par l'arrêté du directoire exécutif, du 2 nivôse an 6, il est reconnu que *les tribunaux sont de droit, les conservateurs des propriétés particulières; que les propriétés des citoyens ne sont pas moins inviolables que celles de la nation; et que, toutes les fois qu'il y a litige sur le domaine, la nation elle-même se dépouille, par une admirable fiction, de sa souveraineté, et se présente, par ses agens, vis-à-vis de tribunaux impassibles, devant lesquels elle discute ses droits, et se soumet d'avance aux mêmes condamnations que celles qu'un simple particulier peut subir.*

» A ces observations générales, il se joint encore, dans notre espèce particulière, une considération qui suffirait seule pour faire proscrire le premier moyen de cassation du sieur Crotat.

» Dans quel état l'affaire qui vous occupe aujourd'hui, s'est-elle présentée devant la cour d'appel de Rouen? Elle s'y est présentée dans un état où certainement aucun tribunal ne pouvait plus la déclarer administrative. Déjà, en effet, sans compter le nouveau degré de juridiction qu'elle venait de subir dans le tribunal civil de Bernay, elle avait été portée devant trois tribunaux, celui du département de l'Eure, celui du département de Seine et Oise, et la cour de cassation, qui, par l'uniformité de leurs jugemens, lui avaient irrévocablement imprimé le caractère de contestation judiciaire. La cour d'appel de Rouen ne pouvait donc plus ne pas la regarder comme telle.

» Mais, si en la regardant comme telle, ainsi qu'elle le devait, relativement aux héritiers républicoles de la veuve Boisroussel, si, en la jugeant dans leur intérêt, la cour d'appel de Rouen n'a pas excédé ses pouvoirs, ne les a-t-elle pas excédés relativement aux sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville?

» Vous savez, messieurs, que les sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville étaient émigrés à l'époque de l'ouverture de la Succession de la veuve Boisroussel; et que cependant la cour d'appel de Rouen les a admis à plaider devant elle comme héritiers de cette veuve; que, par là, elle a supposé, ou plutôt décidé, qu'ils en étaient véritablement héritiers; et que, par suite de

cette supposition ou plutôt de cette décision, elle a jugé qu'ils avaient droit, comme les héritiers républicoles de la veuve Boisroussel, au tiers des biens donnés par celle-ci au sieur Crotat. Or, dans tout cela, n'y a-t-il pas excès de pouvoir, n'y a-t-il pas entreprise sur les attributions exclusives du gouvernement?

» Un premier point bien constant, c'est que, par la loi du 28 mars 1793, toutes les Successions auxquelles des émigrés eussent été appelés, s'ils n'avaient pas été morts civilement, ont été déférées à la république.

» Il est vrai que la loi du 8 messidor an 7 contient, de la part de la république, une renonciation absolue aux *Successions collatérales à échoir* du chef des émigrés. Il est vrai encore que, conformément à cette loi, l'arrêté du gouvernement du 3 floréal an 11, après avoir dit, art. 1, que *les Successions directes auxquelles la république était appelée par représentation d'émigrés, qui s'ouvriront à compter du 1er messidor prochain, seront recueillies par les parens républicoles*; ajoute, art. 2, que *les Successions collatérales auxquelles elle était appelée par représentation d'émigrés, échues postérieurement à la loi du 8 messidor an 7, seront également recueillies par les parens républicoles.*

» Mais vous ne l'avez pas oublié, messieurs, la Succession collatérale dont il est question, était ouverte dès le 17 brumaire an 5, c'est-à-dire, long-temps avant la publication de la loi du 8 messidor an 7.

» C'est donc à la république qu'ont été déférées, à l'instant même de l'ouverture de cette Succession, les parts qu'y auraient prises les sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville, si, à cette époque, ils n'eussent pas été morts civilement.

» Mais en faisant cesser la mort civile des sieurs Bellemare, le gouvernement a-t-il dû, a-t-il voulu leur rendre les parts qu'il avait recueillies, de leur chef, dans cette Succession?

» Bien certainement, il n'a pas été tenu de les leur rendre. Les sieurs Bellemare étaient irrévocablement exclus de la Succession de la veuve Boisroussel, par cela seul qu'au moment de son ouverture, ils étaient morts civilement. Car, pour succéder, la première condition requise par toutes les lois, est de jouir de la vie civile, à l'instant même où le défunt rend le dernier soupir. Le gouvernement pouvait donc, en amnistiant les sieurs Bellemare, retenir les portions qui lui étaient acquises, de leur chef, dans la Succession de leur parente.

» Mais s'il pouvait les retenir, bien évidemment il doit être censé les avoir retenues, tant qu'il n'a pas manifesté une volonté contraire. Saisi d'un droit incommutable par sa nature, il n'a pu s'en dessaisir que par un acte exprès et formel.

» Or, existe-t-il, de la part du gouvernement, un acte translatif de ses droits sur la Succession de la veuve Boisroussel, aux sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville?

» Oui, cet acte existe pour le premier, mais non pas pour le second.

» Le sieur Bellemare-Delamotte a obtenu du préfet du département de l'Eure, le 1er fructidor an 10, un arrêté qui, sur le vu de son certificat d'amnistie, daté du 27 messidor, et délivré par le ministre de la justice, le 3 thermidor précédent, le *déclare restitué*, non-seulement *dans ses biens personnels*, mais encore *dans ceux provenant des Successions échues pendant le séquestre, proportionnellement à la part qui lui appartient.*

» Le sieur Bellemare-d'Ocquainville a bien aussi obtenu du même préfet, le 23 nivôse an 11, un arrêté qui lui accorde *main-levée définitive du séquestre mis sur ses propriétés situées dans ce département, avec restitution des fruits, à partir du 18 frimaire dernier*, date de son certificat d'amnistie; mais cet arrêté ne s'explique point sur les biens provenant des Successions échues pendant sa mort civile, et conséquemment il laisse ces biens dans la main du gouvernement.

» D'où vient cette différence entre les deux arrêtés? Elle vient de ce que, dans l'intervalle de l'un à l'autre, le gouvernement avait décidé, par deux arrêtés des 5 brumaire et 24 frimaire an 11, que les Successions échues pendant la mort civile des émigrés, ne devaient pas être rendues à ceux-ci, et qu'elles continuaient d'appartenir au domaine national..... (1).

» De tout cela, il résulte clairement deux choses: la première, qu'en reconnaissant le sieur Bellemare-d'Ocquainville pour héritier de la veuve Boisroussel, la cour d'appel de Rouen a fait ce qu'il n'appartenait qu'au gouvernement de faire; qu'elle a considéré le sieur Bellemare-d'Ocquainville comme investi d'un droit dont le gouvernement pouvait seul le gratifier; et que, par conséquent, elle a excédé ses pouvoirs; la seconde, que, par là même, elle a violé l'art. 1er de la loi du

(1) *V.* l'article *Pré-Succession*, nº 4.

28 mars 1793, qui déclare les émigrés morts civilement, et qui, par une suite nécessaire, les rend incapables de recueillir, même après la cessation de leur mort civile, les Successions échues pendant leur émigration.

» Passons maintenant à notre deuxième question, à celle de savoir si, en déclarant le sieur Crotat et la république non-recevables, l'un dans son action, l'autre dans ses demandes, la cour d'appel de Rouen a fait une juste application des lois relatives à l'autorité de la chose jugée; et d'abord examinons-la relativement à ceux des héritiers de la veuve Boisroussel qui demeuraient en France au moment où sa succession s'est ouverte.

» A cet égard, il est un point important à remarquer : c'est que, par le jugement rendu au tribunal civil du département de l'Eure, en faveur des héritiers qui alors demeuraient en France, et qui a été confirmé sur l'appel par celui du tribunal civil du département de Seine et Oise, du 14 pluviôse an 8, la donation dont il s'agit, a été déclarée, non-seulement *caduque*, faute de preuve que le sieur Crotat eût survécu à la donatrice, mais encore *nulle*, faute d'insinuation.

» Si ce jugement s'était borné à déclarer la donation caduque, on pourrait dire qu'il n'a ainsi prononcé que relativement à la république; qu'il a bien jugé que la république ne pouvait pas, sans rapporter la preuve de l'existence du sieur Crotat, exercer, de son chef, des droits dont son existence même était la condition; mais qu'il n'a pas jugé qu'en effet le sieur Crotat n'existait plus; qu'il en est de ce jugement comme de celui qui, statuant sur la demande formée par le curateur aux biens d'un absent contre le débiteur d'une rente viagère constituée à son profit, la rejetterait, faute de preuve que l'absent vit encore; que très-certainement la rente viagère ne serait pas irrévocablement éteinte par un pareil jugement; que l'absent venant à reparaître, serait recevable à poursuivre ses débiteurs; et que ceux-ci se retrancheraient vainement dans l'exception de chose jugée.

» Mais le tribunal civil de l'Eure ayant en outre décidé que la donation était *nulle* faute d'insinuation, ce n'est pas seulement à l'intérêt de la république, c'est aussi au fond même du droit réclamé alors pour la république, que son jugement a donné la loi; et il n'a pas seulement débouté la république, parcequ'elle ne prouvait pas, en rapportant un certificat de vie du sieur Crotat, qu'elle eût qualité pour exercer l'action qu'elle prétendait lui être dévolue par la mort de la veuve Boisroussel : il l'a encore déboutée, parceque, même en admettant qu'elle eût qualité pour exercer l'action du sieur Crotat, cette action était mal fondée.

» Et pour reprendre ici la comparaison que nous venons de faire, il en est de ce jugement comme de celui qui, sur la demande formée par le curateur aux biens d'un absent, contre les débiteurs d'une rente viagère, ne se bornerait pas à la repousser comme non-recevable à défaut de certificat de vie, mais déclarerait encore nul le titre constitutif de cette rente. Sans doute, dans ce cas, l'absent venant à reparaître, serait lié par le jugement qui aurait annulé son titre. Pourquoi donc le sieur Crotat ne le serait-il pas également dans notre espèce?

» Que faut-il pour qu'un jugement opère contre celui à qui on l'oppose, l'exception de chose jugée? Il faut bien notoirement le concours de trois conditions : identité d'objet, identité de cause, identité de parties. Les lois 12, 13 et 14, D. *de exceptione rei judicatæ*, le décident ainsi en termes exprès; l'art. 1351 du Code civil confirme leur disposition; et il ne peut y avoir là-dessus la plus légère difficulté.

» Or, 1° relativement aux héritiers républicoles de la veuve Boisroussel, n'y a-t-il pas, entre l'objet dont il s'est agi en l'an 7 devant le tribunal civil de l'Eure, et l'objet dont il s'est agi en l'an 11 devant le tribunal de première instance de Bernay, l'identité la plus parfaite, la plus absolue? Devant le tribunal civil de l'Eure en l'an 7, il s'agissait des droits des héritiers républicoles de la veuve Boisroussel dans le tiers des immeubles qu'elle avait laissés; et c'est bien constamment des mêmes droits dans ce tiers, qu'il s'est agi devant le tribunal de première instance de Bernay, en l'an 11. Il y a donc ici *eadem res*.

» 2° A quel titre les droits des héritiers républicoles dans ce tiers, étaient-ils réclamés en l'an 7 devant le tribunal civil de l'Eure? A titre successif et sur le fondement de la nullité de la donation du 25 juin 1790. C'est aussi à titre successif et sur le fondement de la nullité de cette donation, qu'on les réclamait en l'an 11 devant le tribunal de première instance de Bernay. Il y a donc ici identité de cause, *eadem causa petendi*.

» 3° Contre qui le jugement de l'an 7 a-t-il été rendu? Contre la république exerçant les droits du sieur Crotat, et par conséquent contre le sieur Crotat lui-même. Donc identité des parties, *eadem conditio personarum*.

» Et vainement le sieur Crotat vient-il vous dire que la république n'a pas pu le représenter dans l'instance de l'an 7; qu'il était bien alors inscrit sur la liste des émigrés, mais qu'il avait réclamé en temps utile contre son inscription sur cette liste; que conséquemment il n'était, en l'an 7, que prévenu d'émigration; que la république n'exerçait pas sur les biens des prévenus d'émigration, les mêmes droits que sur les biens des émigrés; qu'à la vérité, elle représentait les émigrés dans les instances judiciaires, mais qu'elle n'y représentait nullement les prévenus d'émigration,

» Il y aurait bien des observations à faire sur les faits et les principes dont se compose ce raisonnement. Mais une seule question suffira pour le détruire.

» Le sieur Crotat a-t-il fait réformer par l'autorité compétente, l'arrêt de l'administration centrale du département de l'Eure, du 5 prairial an 6, qui, sur le fondement de son émigration légalement constatée, avait décidé que le commissaire du gouvernement près cette administration avait qualité pour défendre à la demande des héritiers républicoles de la veuve Boisroussel, en nullité de la donation du 25 juin 1790? Non; et bien loin de là, il a succombé dans sa réclamation contre cet arrêté. Cet arrêté subsiste donc dans toute sa force; et conséquemment il demeure décidé par l'autorité administrative, que le sieur Crotat a été valablement représenté par la république, dans l'instance de l'an 7. Eh! Comment la cour d'appel de Rouen aurait-elle pu se permettre de décider le contraire?

» Il y a donc ici, relativement aux héritiers républicoles de la veuve Boisroussel, un concours parfait de toutes les conditions requises pour donner lieu à l'exception de chose jugée. Le sieur Crotat est donc lié envers les héritiers républicoles de la veuve Boisroussel, par le jugement qui a été rendu en l'an 7 contre la république.

» Mais les droits du sieur Crotat ont été mal défendus dans l'instance de l'an 7! Mais, dans cette instance, on a omis de produire les preuves de l'insinuation de l'acte de donation du 25 juin 1790! Mais ces preuves ont été détournées par le fait des héritiers républicoles de la veuve Boisroussel!

» Tout cela supposé, quelle en serait la conséquence? Que la nation, et par suite, le sieur Crotat, pourraient, sans le secours de la requête civile, remettre en question ce qui a été jugé contre eux en l'an 7? Non assurément. La loi du 22 novembre-1er décembre 1790, sur la législation domaniale, déclare expressément, art. 13, que l'autorité de la chose jugée est la même contre la nation que contre les particuliers: la nation est donc, comme les particuliers, soumise à la disposition de l'art. 1er du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, qui veut que *les arrêts et jugemens en dernier ressort ne* puissent *être rétractés que par lettres en forme de requête civile, à l'égard de ceux qui y ont été parties.* Or, ni la nation ni le sieur Crotat n'ont pris la voie de la requête civile contre le jugement du 14 pluviôse an 8, confirmatif de celui du 1er nivôse an 7; le délai pour prendre cette voie, était même expiré depuis long-temps, lorsque le sieur Crotat a formé sa demande devant le tribunal de première instance de Bernay. Le tribunal de première instance de Bernay n'a donc pas pu accueillir cette demande, sans se mettre ouvertement en contravention à l'art. 1er du tit. 35 de l'ordonnance de 1667. La cour d'appel de Rouen n'a donc fait que ce qu'elle a dû, en réformant, par l'arrêt qui vous est dénoncé, le jugement que ce tribunal s'était permis de rendre.

» Est-ce bien sérieusement que l'on a dit devant la cour d'appel, que l'on peut toujours, même sans requête civile, revenir contre un jugement en dernier ressort, en produisant le titre dont l'absence a motivé sa disposition?

» Les lois les plus positives déclarent formellement le contraire. *Sub specie novorum instrumentorum posteà repertorum, res judicatas restaurari exemplo grave est*, dit la loi 4, C. *de re judicatâ.* La loi 35 du même titre, au Digeste, ouvre bien la voie de restitution en entier, c'est-à-dire, de requête civile, contre les jugemens qui, à défaut de pièces recouvrées depuis, ont été rendus au préjudice de la république; mais elle décide en même temps qu'en pareil cas, il n'y a point de restitution à espérer pour les particuliers; et d'ailleurs en déclarant cette voie nécessaire à la république elle-même, pour faire rétracter les jugemens qui la grèvent, elle prouve très-clairement que, hors le cas de requête civile, ces jugemens conservent toute leur autorité, nonobstant la découverte que l'on a depuis faite, de pièces qui, plutôt connues et produites plutôt, auraient amené des décisions tout opposées: *Imperatores Antonius et Verus rescripserunt, quamquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minimè oporteat, tamen in negotio publico ex causâ permittere se hujusmodi instrumentis uti.* Enfin, l'art. 34 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667 fait taire

absolument tous les doutes, lorsque, même pour faire résulter de *pièces décisives nouvellement recouvrées*, un moyen de requête civile, il exige que ces pièces aient été *retenues par le fait de la partie.*

» Des arrêts sans nombre ont proclamé le principe consacré par ces différentes lois : il serait aussi long qu'inutile de les citer tous. Nous nous bornerons à un seul, qui vient d'être rendu par la section civile.

» Le sieur Vathaire s'était pourvu en cassation contre un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 1er fructidor an 8, en faveur de la dame Messenge; et son recours avait été admis le 17 prairial an 11. L'affaire ainsi devenue contradictoire, la dame Messenge, au lieu de défendre au fond, avait soutenu que le sieur Vathaire était non-recevable dans son recours, parcequ'il avait, suivant elle, précédemment aquiescé à l'arrêt qu'il attaquait; et pour prouver cet aquiescement prétendu, elle avait produit différentes lettres qu'il lui avait écrites, mais qu'elle n'avait pas eu la précaution de faire enregistrer. Par arrêt du 25 thermidor an 12, la cour avait prononcé en ces termes : *Considérant que les lettres dont on veut induire un acquiescement de la part de Vathaire, ne sont point enregistrées, ce qui ne permet pas de se livrer à leur examen; la cour rejette la fin de non-recevoir proposée par Messenge et sa femme contre Vathaire, et ordonne qu'il sera passé outre, entre eux, à l'instruction et au jugement de la demande en cassation.* Postérieurement à cet arrêt, la dame Messenge a fait enregistrer les lettres sur lesquelles elle fondait la preuve de l'acquiescement du sieur Vathaire; et en les reproduisant ainsi dans une forme légale, elle a de nouveau demandé que le sieur Vathaire fût déclaré non-recevable dans son recours. Mais nous avons observé que l'on ne se jouait pas ainsi de la chose jugée; que la fin de non-recevoir était rejetée définitivement; qu'on ne pouvait pas la faire revivre par une production régulière, à la vérité, mais tardive; et que c'était le cas d'appliquer les lois qui décident que l'autorité de la chose jugée résiste même aux pièces décisives nouvellement recouvrées, qui n'ont pas été retenues par le fait de la partie; et en conséquence, arrêt du 20 janvier 1806, au rapport de M. Coffinhal, qui, *Attendu que la fin de non-recevoir prise de l'acquiescement que l'on fait résulter des lettres, a été rejetée d'une manière absolue par l'arrêt du 25 thermidor an 12, et que l'admission actuelle de cette fin de non-recevoir serait inconciliable avec l'autorité de la chose jugée, à laquelle l'enregistrement ultérieur des lettres n'a pu rien changer...., rejette la fin de non-recevoir.*

» Mais, dit-on, il est d'une jurisprudence constante que, si la partie condamnée par un jugement en dernier ressort, à payer une somme, retrouve la quittance du paiement qu'elle a fait précédemment, elle peut encore la produire, et par là faire tomber le jugement qui la condamne. Pourquoi donc un donataire qui n'a été déclaré déchu de sa donation, que parcequ'il n'avait pas à la main la preuve qu'elle eût été insinuée, ne pourrait-il pas également être admis après coup, à prouver que la formalité de l'insinuation a été remplie? Pourquoi ne pourrait-il pas également, en rapportant la preuve de l'accomplissement de cette formalité, faire tomber le jugement qui a déclaré sa donation nulle?

» La différence entre ces deux cas est très-grande. Prouver qu'on a payé la somme à laquelle on est condamné, ce n'est pas aller contre la condamnation, c'est seulement établir qu'on l'a exécutée à l'avance; et il n'y a là rien qui offense l'autorité de la chose jugée. Mais demander à prouver qu'une donation a été insinuée, après qu'un jugement en dernier ressort l'a annulée faute d'insinuation, c'est véritablement attaquer ce jugement dans sa substance, et c'est ce que les lois ne permettent pas.

» Et encore est-il à remarquer que l'exception de paiement n'est plus recevable après le jugement, lorsqu'elle a été proposée avant le jugement même et rejetée. Dans ce cas, la partie condamnée aura beau rapporter la quittance qu'elle aura retrouvée depuis la condamnation : on ne l'écoutera plus, parcequ'il est jugé, non-seulement qu'elle est débitrice, mais encore qu'elle n'a pas payé; et que la chose jugée ne peut pas être détruite par des pièces recouvrées nouvellement. C'est ce qu'enseignent tous les auteurs qui ont écrit sur les exceptions, et notamment Zangerus, *de Exceptionibus*, part. 3, chap. 26; Boehmer, *Introductio ad jus Digestorum*, titre *de Exceptionibus;* et Dantz, professeur de l'université de Stuttgard, dans ses *Principes de la Procédure civile.*

» Mais si de tout ce que nous venons de dire, il résulte que la cour d'appel de Rouen a bien jugé entre les demandeurs et ceux de leurs adversaires qui étaient parties dans l'instance de l'an 7, il ne s'ensuit pas qu'elle ait également bien jugé entre les demandeurs et les sieurs Bellemare.

» Nous l'avons déjà dit, les droits des sieurs

Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville dans la Succession de la dame Boisroussel, ont été, dès l'an 5, dévolus à la république; et la république en était saisie, lorsque, comme représentant l'émigré Crotat, elle a été assignée devant le tribunal civil de l'Eure en nullité de la donation faite à celui-ci. Mais la république a-t-elle défendu, a-t-elle dû, a-t-elle pu défendre à cette assignation, comme représentant les émigrés Bellemare? Non certes : comme représentant les émigrés Bellemare, on ne lui demandait rien; elle n'était point assignée en cette qualité, et il était bien impossible qu'elle le fût, puisqu'en cette qualité, elle aurait été elle-même intéressée à ce que la donation faite au sieur Crotat, fût anéantie, si d'ailleurs elle n'eût pas été aux droits du sieur Crotat lui-même par l'effet de son émigration. Aussi le jugement de l'an 7 et ceux qui l'ont confirmé en l'an 8, n'ont-ils été rendus qu'entre les héritiers républicoles de la dame Boisroussel, d'une part, et la république exerçant les droits du sieur Crotat, de l'autre.

» Le sieur Crotat n'est donc lié par le jugement de l'an 7, qu'envers les héritiers républicoles de la dame Boisroussel; ce jugement ne peut donc lui être opposé que pour les parts de ceux-ci dans les biens qui lui avaient été donnés en 1790. La question décidée par ce jugement à son désavantage, est donc encore entière pour les parts des sieurs Bellemare, dans ces mêmes biens.

» Inutilement vient-on vous dire que la république était partie dans ce jugement, et qu'elle représentait les sieurs Bellemare en même temps que le sieur Crotat. Encore une fois, elle n'y était partie que comme représentant le sieur Crotat; elle ne l'était point comme représentant les sieurs Bellemare; et non-seulement elle ne l'était point, mais elle ne pouvait absolument pas l'être, puisque, pour cela, il eût fallu qu'elle plaidât contre elle-même; chose absurde et dérisoire.

» Plus vainement prétendrait-on que le jugement de l'an 7 ne peut pas être divisé; que, par cela seul qu'il a annulé la donation pour les parts des héritiers républicoles, il l'a aussi annulée pour les parts des héritiers émigrés; et que conséquemment il doit être exécuté pour les parts des héritiers émigrés, comme il faut, de toute nécessité, qu'il le soit pour les parts des héritiers républicoles.

» Tout cela se réduirait à dire que le jugement rendu avec une partie des héritiers d'un défunt et en leur faveur, est, de plein droit, censé rendu avec et pour les autres héritiers. Mais c'est là un vrai paradoxe, c'est là une hérésie monstrueuse, et qui est formellement condamnée par la loi 22, D. *de exceptione rei judicatæ*. J'avais (est-il dit dans cette loi) déposé une somme d'argent entre les mains d'une personne qui a laissé plusieurs héritiers. M'étant pourvu contre un de ceux-ci en restitution de cette somme, j'ai été débouté, faute de preuve suffisante du dépôt. Puis-je, dans cet état de choses, agir contre les autres héritiers, comme si la question était encore entière? La loi répond que je le puis : *Si cùm uno herede depositi actum sit, tamen et cùm cæteris heredibus rectè agitur; nec exceptio rei judicatæ eis proderit; nam etsi eadem quæstio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio cùm quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.*

» Assurément, dans l'espèce de cette loi, la question est, à l'égard des héritiers qui n'ont pas été parties dans le jugement, la même qu'à l'égard de celui de leurs co-héritiers en faveur duquel ce jugement a été rendu; c'est par les mêmes moyens qu'elle doit être décidée; et il y a plus : c'est du même fait qu'elle dépend. L'espèce de cette loi est donc bien identique avec celle de la cause actuelle. Cependant que décide cette loi? Que le jugement en faveur du premier héritier, contre lequel je me suis pourvu, ne me lie point envers les autres; et que je puis faire condamner les autres, quoique j'aie succombé envers le premier.

» Et sur quel fondement cette loi prononce-t-elle ainsi? Ce n'est pas seulement parceque les parties ne sont plus les mêmes; *Cela tient encore* (dit Pothier, *Traité des Obligations*, part. 4, chap. 3, n° 58) *au principe que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de la chose même sur laquelle le jugement a statué. Par exemple, dans l'espèce* (de la loi citée), *si le jugement qui a donné congé à l'un des héritiers du débiteur, de la demande d'un créancier du défunt, pour la part dont on le prétendait tenu dans cette dette, n'a pas l'autorité de chose jugée en faveur des autres héritiers, pour les parts dont on les en prétend tenus, ce n'est pas seulement parceque c'est* res inter alios judicata; *c'est aussi parceque ce qu'on leur demande, n'est pas la même chose que ce qui a fait l'objet du jugement rendu au profit de leur co-héritier; car les parts de la dette qu'on leur demande, sont bien les parts d'une même dette, mais ce ne sont pas la même part de cette dette qui a été demandée à leur co-héritier. Le jugement rendu au profit de leur co-héritier, n'a statué que sur cette part, et ne peut avoir par conséquent l'autorité de chose jugée, à l'égard des autres qui leur sont*

demandées : c'est ce que veut dire le jurisconsulte en la loi citée : MUTATIO PERSONARUM CUM QUIBUS SINGULIS SUO NOMINE AGITUR, ALIAM ATQUE ALIAM REM FACIT.

» Cette doctrine puisée, comme l'on voit, dans les sources les plus pures de la jurisprudence, a encore l'avantage d'être confirmée par un de vos arrêts..... (1).

» Mais, dit-on, la coutume de Normandie, qui faisait encore loi à l'époque où ont été rendus les jugemens des tribunaux civils de l'Eure et de Seine et Oise, contenait des dispositions particulières devant lesquelles doivent ici fléchir les principes généraux. Quelles étaient donc ces dispositions ?

» Les art. 237 et 350 de cette coutume accordaient au *fils aîné* la saisine de la *totale Succession du père et de la mère,* et lui en attribuaient tous les fruits, tant que ses frères et sœurs ne lui avaient pas demandé la délivrance de leurs portions. D'un autre côté, l'art. 546 voulait que chacun des héritiers d'un défunt fût soumis personnellement et solidairement à la totalité de ses dettes. Donc l'aîné des héritiers de la veuve Boisroussel a eu qualité pour plaider seul au nom de tous les autres contre le gouvernement. Donc ce qui a été jugé à son profit contre le gouvernement en l'an 7 et en l'an 8, doit être censé avoir été jugé au profit des sieurs Bellemare. Quelle conséquence!

» D'abord, il ne s'agit pas ici d'une Succession de père et de mère. Il s'agit d'une Succession collatérale; or, ce n'est que dans les Successions de pères et de mères, que la coutume de Normandie accordait la saisine du tout à l'aîné. *Les paroles de cet article* (dit Basnage, sur l'art. 237) *sont si expresses, qu'on ne peut douter que l'aîné n'a cette prérogative que dans la Succession directe. Non-seulement il est parlé de* fils aîné, *mais il est ajouté ensuite qu'*il est saisi de la Succession du père et de la mère après leur décès; *ce n'est donc qu'en la Succession du père et de la mère, qu'il est saisi et qu'il fait les fruits siens; et d'ailleurs cet article étant rigoureux, il ne doit point être étendu.*

» Ensuite, de ce qu'en Normandie chacun des héritiers était obligé solidairement aux dettes passives du défunt, s'ensuivait-il qu'il fût aussi créancier solidaire de ses dettes actives, qu'il pût aussi exercer solidairement les actions que pouvait avoir la Succession pour revendiquer des biens héréditaires, et que ce qui était jugé avec lui, non comme débiteur, mais comme créancier ou comme exerçant une revendication, fût, par cela seul, jugé avec tous ses co-héritiers? Non certes. La coutume de Normandie ne dérogeait au droit commun que dans un point : elle n'y dérogeait qu'en ce qu'elle déclarait les héritiers débiteurs solidaires des dettes passives du défunt. Elle laissait donc sous l'empire du droit commun, les créances et les actions quelconques de la Succession; elle n'autorisait donc pas chacun des héritiers à poursuivre seul les actions héréditaires; elle ne rendait donc pas commun à ses co-héritiers, le bénéfice des jugemens qu'il obtenait, comme elle ne faisait pas valoir contre eux les jugemens qui intervenaient contre lui.

» La coutume d'Amiens disait, comme celle de Normandie, que les *créanciers du défunt peuvent, si bon leur semble, s'adresser pour avoir paiement de leur dû, contre l'un des héritiers du débiteur pour le tout, et contre lui seul faire poursuite, et le contraindre à payer le total dudit dû ;* et cependant, on n'a jamais inféré de là que, dans cette coutume, l'un des héritiers fût recevable à poursuivre pour le tout les actions héréditaires du défunt : *Cet art.* 159 (dit le commentateur Dufrêne) *n'a point lieu* è converso; *car un débiteur voulant se libérer, n'est point recevable à s'adresser seulement à l'un des héritiers du créancier pour lui offrir toute la dette. Ainsi jugé par arrêt du 4 janvier* 1612, *plaidant Delesson pour les échevins d'Amiens, et Tartier pour Charlotte Devilliers.*

» Mais, disent encore les défendeurs, ni le préfet du département de l'Eure ni le sieur Crotat n'ont excipé devant la cour d'appel de Rouen, de ce que les sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville n'avaient été parties dans le jugement de l'an 7 et de l'an 8. Ils sont donc, aux termes de l'art. 4 de la loi du 4 germinal an 2, non-recevables à se faire un moyen de cassation de ce que le bénéfice de ces jugemens a été appliqué par la cour d'appel de Rouen, aux sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville.

» Raisonner ainsi, c'est abuser de la loi du 4 germinal an 2, c'est méconnaître les premiers principes.

» La loi du 4 germinal an 2 dit bien que nul ne peut employer pour moyen de cassation certains vices de forme qu'il n'a pas relevés devant le tribunal dont il attaque le jugement; mais il n'est pas ici question de vices de forme : appliquer un jugement à des

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de Droit,* aux mots *Chose jugée*, §. 9.

personnes qui n'étaient point parties dans l'instance sur laquelle il a été rendu, ce n'est point violer la loi dans la forme de procéder, c'est la violer dans ce qui constitue essentiellement le fond du droit. D'ailleurs, en soutenant que les jugemens de l'an 7 et de l'an 8 n'avaient l'autorité de la chose jugée en faveur d'aucun des défendeurs, le préfet du département de l'Eure et le sieur Crotat soutenaient nécessairement qu'ils n'avaient cette autorité, ni en faveur du sieur Bellemare-d'Ocquainville, ni en faveur du sieur Bellemare-Delamotte. Enfin, la cour d'appel de Rouen avait sous les yeux les titres qui constataient que les sieurs Bellemare étaient émigrés, et par suite incapables d'ester en jugement, tant en l'an 7 qu'en l'an 8; elle avait sous les yeux leurs brevets d'amnistie, datés, l'un de l'an 10, l'autre de l'an 11. Il ne lui a donc manqué aucun des renseignemens nécessaires pour connaître que les jugemens de l'an 7 et de l'an 8 ne pouvaient pas avoir la force de chose jugée en faveur des sieurs Bellemare. C'est donc par une erreur purement volontaire de sa part, c'est donc par une erreur de droit, qu'elle a déclaré applicables aux sieurs Bellemare, des jugemens qui leur étaient étrangers.

» Mais enfin, disent les défendeurs, le préfet du département de l'Eure s'en est rapporté, sur les droits des sieurs Bellemare, à la prudence et à la justice de la cour d'appel de Rouen : il ne peut donc pas aujourd'hui attaquer un arrêt auquel il a d'avance acquiescé.

» Et ce donc acquiescer d'avance à un jugement, est-ce donc renoncer à la faculté d'en attaquer la décision, que de déclarer aux juges qui doivent le rendre, qu'on s'en rapporte à leur prudence?

» Cette question s'est présentée à la section criminelle le 30 fructidor an 10. La dame Sirey demandait la cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu dans une forme sur la légalité de laquelle il s'était élevé des difficultés devant cette cour : la dame Sirey avait expressément déclaré que, sur ces difficultés, elle s'en rapportait à justice; et cependant son recours en cassation n'était fondé que sur l'illégalité de la forme adoptée par la cour d'appel. Effectivement, cette forme était très-illégale; mais la dame Sirey était-elle recevable à la critiquer? Pourquoi non (avons-nous dit à l'audience de la section criminelle)? Qu'est-ce que s'en rapporter à justice, si ce n'est dire aux juges : « Je vous » crois trop justes, trop éclairés, pour ne pas » faire ce que la loi vous prescrit : j'ignore » quel est le vœu de la loi sur la difficulté qui » s'agite devant vous; mais ce vœu, vous de» vez le connaître; c'est à vous à le consulter, » et je ne doute pas que vous ne vous y con» formiez »? Or, s'exprimer ainsi, ce n'est certainement pas abdiquer à l'avance toute réclamation contre l'erreur dans laquelle pourra tomber le tribunal devant lequel on plaide; ce n'est pas renoncer au droit de recourir au juge supérieur, pour lui en demander la réformation. Effectivement, messieurs, par arrêt du 30 fructidor an 10, au rapport de M. Carnot, la section criminelle a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris, en ce que, dans le point même sur lequel la dame Sirey s'en était rapportée à justice, il avait violé la loi; et cet arrêt a été vainement attaqué par opposition, de la part des adversaires de la dame Sirey, qui n'avaient pas été entendus le 30 fructidor an 10. Les adversaires de la dame Sirey ont vainement fait valoir, à l'appui de leur opposition, le prétendu acquiescement qu'elle avait, selon eux, donné par anticipation à l'arrêt de la cour d'appel. Leur opposition a été rejetée par arrêt contradictoire du 18 germinal an 11, au rapport de M. Rataud.

» Et c'est assez dire que les défendeurs ne peuvent ici tirer aucun avantage de la déclaration par laquelle le préfet du département de l'Eure s'en est rapporté à la justice de la cour d'appel de Rouen.

» Il est donc bien clair que le sieur Crotat devait être admis à faire juger de nouveau, pour les parts des sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville, la question sur laquelle il avait été statué en faveur des héritiers républicoles, par les jugemens de l'an 7 et de l'an 8.

» Et cependant l'arrêt de la cour d'appel de Rouen l'a déclaré purement et simplement *non-recevable dans son action*, c'est-à-dire, dans l'action qu'il avait intentée, non-seulement contre les héritiers républicoles, mais encore contre le préfet du département de l'Eure, représentant les sieurs Bellemare, mais encore contre les sieurs Bellemare, eux-mêmes, qui, rayés par amnistie de la liste des émigrés, étaient intervenus et avaient pris dans la cause, la place du préfet.

» Et remarquons bien qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel de Rouen n'a pas seulement violé les principes du droit romain sur l'autorité de la chose jugée : elle a encore violé l'art. 1351 du Code civil, qui rappelle expressément ces principes, et les érige en loi nationale.

» Au surplus, ce que nous disons des parts

des sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville, s'applique nécessairement aux parts de la dame Lepainteur, de la dame Malartic, de la veuve Marivaux, de Charles-Marie-André Quintanadoine et du sieur Daniel le jeune.

» En effet, ni le sieur Daniel le jeune, ni Charles-Marie-André Quintanadoine, ni la veuve Marivaux, ni la dame Malartic, ni la dame Lepainteur, n'avaient été parties dans les jugemens de l'an 7 et de l'an 8; et la cour d'appel en avait sous les yeux une preuve authentique: elle avait sous les yeux les expéditions même de ces jugemens, dans lesquelles aucun d'eux n'est compris. Comment donc ont-ils pu exciper de ces jugemens devant la cour d'appel? Comment la cour d'appel a-t-elle pu accueillir leur exception? Bien évidemment la cour d'appel a violé par là, en faveur de ces cinq parties, comme elle a violé en faveur des sieurs Bellemare-Delamotte et Bellemare-d'Ocquainville, les principes élémentaires, les lois constitutives de la chose jugée.

» Il en serait autrement sans doute, si, comme on le prétend, le sieur Daniel aîné avait agi en l'an 7 et en l'an 8, pour ces cinq parties en même temps que pour lui-même, si ces cinq parties avaient figuré, sous son nom, devant les tribunaux civils de l'Eure et de Seine-et-Oise.

» Mais cette prétention, comment cherche-t-on à la justifier?

» On produit deux actes notariés, l'un du 22 messidor an 9, l'autre du 29 du même mois, par lesquels la veuve Marivaux, le sieur Quintanadoine et le sieur Daniel le jeune, cèdent au sieur Daniel aîné tous leurs droits dans la Succession de la veuve Boisroussel; et l'on a soin de remarquer que ces actes avaient été précédés, dès l'an 6, de cessions sous seing-privé, dont ils ne sont que le renouvellement authentique.

» On produit encore un acte sous seing-privé, portant date de l'an 6, mais enregistré seulement en 1806, par lequel la dame Lepainteur et la dame Malartic cèdent pareillement au sieur Daniel aîné tous leurs droits dans la même Succession.

» Mais cette assertion, que les cessions consignées dans ces actes, avaient été faites dès l'an 6, sur quoi repose-t-elle? Sur rien. Nous ne pouvons donc pas nous y arrêter. Nous devons donc tenir pour constant que ce n'est qu'en messidor an 9, que le sieur Daniel aîné est devenu cessionnaire des droits de son frère cadet, du sieur Quintanadoine et de la veuve Marivaux; que ce n'est qu'en 1806, qu'il est devenu cessionnaire des droits de la dame Malartic et de la dame Lepainteur. Or, quels droits avaient à cette époque la dame Lepainteur, la dame Malartic, la veuve Marivaux, le sieur Quintanadoine et le sieur Daniel le jeune? Avaient-ils des droits consacrés par les jugemens de l'an 7 et de l'an 8? Non, puisqu'aucun d'eux n'avait été partie dans ces jugemens. Ils n'avaient donc que des droits encore susceptibles d'être discutés en justice.

» En dernière analyse, vous voyez, messieurs, que l'arrêt attaqué doit être maintenu par rapport à tous ceux des héritiers de la veuve Boisroussel, qui étaient parties, soit par eux-mêmes, soit par l'organe du sieur Daniel l'aîné, leur cessionnaire, dans les jugemens de l'an 7 et de l'an 8; mais que, relativement aux sieurs Bellemare-Delamotte, Bellemare-d'Ocquainville, à la dame Lepainteur, à la dame Malartic, à la veuve Marivaux, au sieur Daniel le jeune, et à Charles-Marie-André Quintanadoine, la cassation en est inévitable; qu'elle l'est relativement au sieur Bellemare-Delamotte, à la dame Lepainteur, à la dame Malartic, à la veuve Marivaux, au sieur Daniel le jeune, et à Charles-Marie-André Quintanadoine, parcequ'il leur rend commune l'exception de chose jugée qui n'appartient qu'aux héritiers en faveur desquels ont été rendus les jugemens de l'an 7 et de l'an 8; qu'elle l'est relativement au sieur Bellemare-d'Ocquainville, et par la même raison, et parceque ce dernier est resté, après son amnistie, dans son incapacité primitive de succéder à la veuve Boisroussel.

» Nous estimons en conséquence, qu'il y a lieu, en ce qui concerne les parts des héritiers républicoles qui étaient parties dans les jugemens de l'an 7 et de l'an 8, de rejeter les requêtes du sieur Crotat et du préfet du département de l'Eure; et pour le surplus, de casser et annuler l'arrêt dont il s'agit ».

Par arrêt rendu sur délibéré, au rapport de M. Botton-Castellamonte, le 28 juin 1808,

« Attendu, sur la fin de non-recevoir opposée par les défendeurs, que l'arrêt d'admission des requêtes des demandeurs, leur avait permis d'assigner les défendeurs dans les qualités qu'ils avaient prises dans l'instance, sur laquelle est intervenu l'arrêt dénoncé; et que Bellemare-Delamotte avait été représenté devant la cour d'appel de Rouen, et l'est encore devant cette cour, par Charles Daniel, son cessionnaire;

» La cour rejette la fin de non-recevoir;

» Statuant sur le fond, quant au moyen de

cassation pris de la prétendue incompétence, et proposé par Crotat en particulier,

» Considérant que la compétence des tribunaux d'Evreux et de Versailles, et par suite celle du tribunal de Bernay et de la cour d'appel de Rouen, pour décider les questions élevées au sujet de la donation dont il s'agit, ne peut plus être révoquée en doute, après l'arrêté de l'administration de l'Eure, du 5 prairial an 6, confirmé par le décret du 10 mars 1807;

» Quant au moyen pris de la violation des principes sur l'autorité de la chose jugée, et proposé, tant par le préfet de l'Eure que par Crotat;

» Vu les art. 5, tit. 27, et 1er, tit. 35 de l'ordonnance de 1667, et les art. 1350 et 1351 du Code civil;

» En ce qui concerne les portions de l'hoirie de la dame Costard, afférentes à Charles-Marie-André Quintanadoine, Henri-Charles-Daniel-Marc-Bellemare-Pastel, Marie-Madelaine Plichon, Charlotte et Gabrielle, sœurs Lebas,

» Considérant que tous ces co-héritiers ont été parties lors des jugemens rendus en première instance par le tribunal d'Evreux, le 1er nivôse an 7, et sur appel par le tribunal de Versailles, le 14 pluviôse an 8; que ce dernier tribunal a jugé en dernier ressort les mêmes questions que le préfet de l'Eure et Crotat ont voulu reproduire devant le tribunal de Bernay et la cour d'appel de Rouen; que Crotat, inscrit alors sur des listes d'émigrés, avait été également représenté par les commissaires du gouvernement près l'administration centrale de l'Eure et près lesdits tribunaux, ainsi que l'a décidé le décret précité; qu'aux termes de l'art. 13 de la loi du 22 novembre 1790, la fin de non-recevoir prise de l'autorité de la chose jugée, peut être opposée même en matière domaniale; que, dans cet état de choses, le préfet de l'Eure et Crotat n'ont pu, sur le fondement de pièces nouvellement découvertes, et sans prendre la voie de la requête civile, faire revivre les contestations dont il s'agit; d'où il suit que la cour d'appel de Rouen, loin d'avoir violé les textes de lois précités, en accueillant la fin de non-recevoir opposée par les défendeurs, en a, au contraire, suivi exactement les dispositions;

» La cour rejette le pourvoi.

» Mais en ce qui concerne les portions de l'hoirie de la dame Costard, afférentes à Jean-Robert Daniel, aux dames Lepainteur et Malartic, à la veuve Marivaux, à Raoul Bellemare, à Louis-Alexis Plichon, à Bellemare-Delamotte et à Bellemare d'Ocquainville,

» Vu les art. 5, tit. 27 et 1er, tit. 35 de l'ordonnance de 1667,

» Vu les art. 1350 et 1351 du Code civil;

» Attendu, sur la fin de non-recevoir prise de l'art. 4 de la loi de germinal an 2, qu'en supposant même que ses dispositions sur le genre de nullités dont il parle, pussent recevoir d'application à l'espèce actuelle, il est constant, en fait, que les demandeurs ont soutenu, devant la cour d'appel et contre tous les co-héritiers en général, que ceux-ci ne pouvaient s'étayer de l'autorité de la chose jugée;

» Attendu, au fond, que l'exception de la chose jugée n'a pu profiter qu'aux héritiers présens et en qualité dans les jugemens d'Evreux et de Versailles;

» Qu'il ne résulte d'aucune manière, que les co-héritiers présens aient représenté les co-héritiers ci-devant nommés;

» Que devant cette cour seulement, les défendeurs ont produit le certificat du décès de Plichon, et des actes de cession de plusieurs desdits co-héritiers; mais que ce sera à la cour devant laquelle on renverra l'affaire, d'apprécier la valeur de ces pièces nouvelles et des conséquences qui peuvent en résulter, et d'examiner, s'il y échoit, les difficultés concernant la nature et les effets de la donation, sur lesquels, d'ailleurs, l'arrêt dénoncé n'a rien statué;

» Que les articles de la coutume de Normandie et du réglement du parlement de Rouen, invoqués par les défendeurs, sont évidemment étrangers à l'espèce;

» Qu'ainsi, et d'après les observations précédentes, l'action du préfet de l'Eure et de Crotat, devant le tribunal de Bernay et la cour de Rouen, aurait été dirigée contre des personnes et sur des portions d'hoirie différentes de celles qui avaient formé le sujet du jugement de Versailles; d'où il suit que l'arrêt dénoncé, en admettant la fin de non-recevoir à l'égard de ces personnes et de ces portions, a faussement appliqué et violé les lois précitées;

» Sur le moyen du préfet de l'Eure, concernant d'Ocquainville, pris de la violation des lois sur les émigrés,

» Attendu que la Succession de la dame Costard s'est ouverte à une époque où d'Ocquainville était émigré et en état de mort civile;

» Qu'aux termes de l'art. 3 de la loi du 28 mars 1793, ladite Succession, pour la portion afférente à d'Ocquainville, a dû être recueillie par la république;

» Que la cour d'appel de Rouen a commis un excès de pouvoir, en admettant d'Ocquainville amnistié à intervenir dans l'ins-

tance à l'effet de profiter du jugement de Versailles, avant que le pouvoir administratif eût reconnu dans la personne de d'Ocquainville, la qualité de co-héritier de la dame Costard;

» La cour casse et annulle l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rouen, le 11 messidor an 12, à l'égard seulement de Jean-Robert Daniel, des dames Lepainteur et Malartic, de la veuve Marivaux, de Raoul Bellemare, de Louis-Alexis Plichon, de Bellemare-Delamotte et de Bellemare-d'Ocquainville... ».

Voici une autre espèce dans laquelle ont été agitées et jugées la seconde, la quatrième, la cinquième et la sixième des questions énoncées en tête de ce n°.

Le 14 floréal an 2, décès de René-Ange-Augustin de Maupeou, fils du chancelier de ce nom, domicilié à Paris. Il avait épousé la demoiselle Feydeau de Brou, mais il n'en avait pas eu d'enfans. En conséquence, sa Succession a dû se diviser, d'après la loi du 17 nivôse précédent, en deux portions égales, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle. La ligne paternelle n'était composée que d'un seul parent: c'était Louis-Charles-Alexandre de Maupeou, frère du chancelier, et par conséquent oncle du défunt; mais il était émigré. Parmi les parens les plus proches de la ligne maternelle, se trouvaient Alexandre-Louis de Boniface, inscrit sur la liste des émigrés du département de la Seine-Inférieure, par arrêtés des 17 juillet et 3 août 1792, et ses quatre sœurs domiciliées à Rouen.

Le 24 prairial an 2, levée des scellés, et commencement de l'inventaire de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, en présence, 1° de l'agent national du département de la Seine, *stipulant les intérêts de la république, du chef des émigrés qui peuvent être appelés à cette Succession;* 2° des sieurs Anjorrant et du curateur de la veuve Dumont, co-héritiers dans la ligne maternelle; 3° de la demoiselle Laroche, tutrice d'Antoine-Charles-Victor, son enfant mineur, qu'elle présente comme fils naturel de Charles-Victor-René de Maupeou, ci-devant maître des requêtes, et, par conséquent, neveu naturel de René-Ange-Augustin de Maupeou; 4° des demoiselles Pallin et Contat, tutrices d'enfans adultérins nommés Ange-Louis et Aglaé-Marie, qu'elles disent avoir eus du défunt.

Le 3 ventôse an 3, la demoiselle Laroche, agissant au nom de son enfant mineur, fait assigner *les commissaires composant le bureau du domaine national du département de la Seine* (créé par la loi du 29 fructidor an 2), devant le tribunal du quatrième arrondissement de Paris, pour voir dire que cet enfant sera reconnu neveu naturel du défunt, et qu'en cette qualité, il sera, conformément à la loi du 12 brumaire an 2, envoyé en possession de toute la Succession.

Le 24 du même mois, jugement par défaut qui permet à la demoiselle Laroche de faire la preuve des faits de paternité et de possession d'état qu'elle articule.

Opposition à ce jugement de la part du bureau du domaine. Sur cette opposition, la cause revient à l'audience du 28 germinal suivant; le bureau du domaine déclare qu'il s'en rapporte à la prudence du tribunal; et le même jour, jugement qui, sans s'arrêter à l'opposition du bureau du domaine, de laquelle il est débouté, ordonne qu'il sera procédé à la preuve autorisée par celui du 22 ventôse.

Cette preuve faite, troisième jugement du 2 messidor an 3, toujours entre la demoiselle Laroche, en sa qualité, et le bureau du domaine, par lequel l'enfant mineur de la première est envoyé en possession de tous les biens composant la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, *sans entendre préjudicier aux droits que peuvent avoir les prétendans à sa Succession maternelle.*

Ce jugement et celui du 23 ventôse précédent restent sans appel de la part du bureau du domaine.

La demoiselle Laroche fait assigner les sieurs Anjorrant et le curateur de la veuve Dumont, pour voir déclarer ces deux jugemens communs avec eux.

Les sieurs Anjorrant forment, contre ces jugemens, une tierce-opposition, qui est rejetée par un jugement contradictoire du 24 brumaire an 4. Appel.

Le 8 messidor an 6, jugement par défaut du tribunal civil du département de Seine-et-Marne, qui déclare qu'il a été bien jugé. Opposition à ce jugement.

A peine cette opposition est-elle formée, que le commissaire du gouvernement près l'administration centrale du département de la Seine intervient pour réclamer, dans la Succession dont il s'agit, les droits des héritiers émigrés *de la ligne paternelle.*

La demoiselle Laroche conclud à ce que les sieurs Anjorrant et le commissaire du gouvernement soient déclarés non-recevables, tant par défaut de qualité qu'à raison de la chose jugée: et elle fait spécialement valoir,

contre le commissaire du gouvernement, le jugement rendu le 2 messidor an 3, avec le ci-devant bureau du domaine national.

Le 22 thermidor an 6, le tribunal civil de Seine-et-Marne rejette ces fins de non-recevoir, à l'égard des sieurs Anjorrant, parcequ'ils ont qualité, et que rien, jusqu'à présent, n'a été jugé avec eux en dernier ressort; et à l'égard du commissaire du gouvernement, parceque les droits de la nation étant communs avec ceux des sieurs Anjorrant, l'action de ceux-ci ne peut pas être séparée de l'action de celle-là. En conséquence, il ordonne aux parties de plaider au fond.

Les parties plaident, en effet, à la même audience; et le commissaire du gouvernement conclud à ce qui lui soit donné acte de ce qu'il se joint aux sieurs Anjorrant, et adhère à leurs conclusions; et qu'*au principal, la république soit maintenue dans les biens de la Succession Maupeou, qui doivent lui appartenir, comme représentant des héritiers de la ligne paternelle.* La cause est continuée à un autre jour.

Le 4 frimaire an 7, la demoiselle Laroche reconnaît, par une transaction secrète, les droits des sieurs Anjorrant, des demoiselles de Boniface et des autres parens maternels qui ne sont pas parties dans la cause, à la moitié de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, affectée, par la loi du 17 nivôse an 2, à la ligne maternelle. De leur côté, par le même acte, les sieurs Anjorrant, les demoiselles de Boniface et les autres parens maternels abandonnent à l'enfant de la demoiselle Laroche l'autre moitié de la Succession, et s'obligent de le garantir des poursuites de tout autre héritier qui pourrait se présenter ultérieurement.

Le même jour, mais par un acte séparé et patent, les sieurs Anjorrant se désistent de leur appel du jugement du 24 brumaire an 4.

Le 16 nivôse suivant, le tribunal civil de Seine-et-Marne, après avoir entendu les plaidoiries continuées par le jugement du 22 thermidor an 6, sans s'arrêter à l'appel des sieurs Anjorrant, attendu qu'ils s'en sont désistés, ni à l'intervention du commissaire du gouvernement, déboute les premiers de leur opposition au jugement par défaut du 8 messidor précédent, et déclare le jugement commun avec le second.

Le commissaire du gouvernement se pourvoit en cassation; mais, par arrêt du 24 vendémiaire an 8, sa requête est rejetée, « attendu que, par son jugement du 16 nivôse » dernier, le tribunal du département de » Seine-et-Marne a déclaré que la possession » d'état du mineur Maupeou était prouvée » conformément à la loi, et qu'il a fait résulter cette preuve, tant des écrits publics » et privés qui étaient représentés, que d'une » enquête; qu'il n'est pas dans l'attribution » du tribunal de cassation, d'entendre des » témoins, ni d'apprécier le mérite de leurs » dépositions sur l'existence des faits qui en » sont l'objet; qu'en aucun cas, il ne peut » s'occuper du fond d'un procès; qu'on ne se » plaint d'aucune violation de forme, et que » le jugement attaqué ne présente aucune » contravention à la loi ».

Pendant les contestations irrévocablement terminées par cet arrêt, il s'en était élevé d'autres de la part du sieur Girault, tuteur des deux enfans mineurs des demoiselles Pallin et Contat, Ange-Louis et Aglaé-Marie, qui avaient figuré à l'inventaire comme bâtards adultérins du défunt.

Le 19 germinal et le 6 prairial an 3, le sieur Girault avait fait assigner le bureau du domaine national et quelques parens maternels, pour voir dire que les mineurs seraient reconnus enfans naturels de René-Ange-Augustin de Maupeou, et qu'en cette qualité, il leur serait fait délivrance de la part assignée, par la loi du 12 brumaire an 2, aux bâtards adultérins.

Le bureau du domaine national avait comparu, sur cette assignation, comme *représentant un oncle paternel du défunt, absent;* et il avait déclaré s'en rapporter à la prudence du tribunal.

La demoiselle Laroche, mise en cause au nom de son enfant, déjà reconnu neveu naturel du défunt, avait fait la même déclaration.

Le 23 messidor an 3, un jugement, contradictoire entre toutes ces parties, avait admis le sieur Girault à prouver, tant par titres que par témoins, que ses mineurs étaient en possession de l'état d'enfans naturels de René-Ange-Augustin de Maupeou.

L'enquête avait été faite le 21 thermidor suivant, hors la présence des membres du bureau du domaine; et elle avait été suivie d'un jugement par défaut, du 26 fructidor de la même année, qui, reconnaissant l'état des enfans adultérins, leur avait adjugé le sixième de la Succession de leur père.

L'un des héritiers maternels avait formé opposition à ce jugement; débouté de cette opposition par un jugement contradictoire du 24 brumaire an 4, il avait appelé de l'un et de l'autre; et l'un de ses co-héritiers dans la ligne maternelle avait adhéré à son appel.

Le tribunal civil du département de Seine-et-Oise ayant été saisi de cet appel, le tuteur des enfans adultérins y avait fait assigner, en déclaration de jugement commun, toutes les parties qui avaient figuré devant les premiers juges, notamment le bureau du domaine national.

Le 24 floréal an 4, un jugement par défaut avait confirmé ceux de première instance, et avait déclaré ses dispositions communes avec toutes les parties appelées à cet effet.

Quelques-unes de ces parties avaient formé opposition à ce jugement, et en avaient été déboutées le 25 messidor de la même année.

Enfin, par transaction du 7 floréal an 8, l'enfant mineur de la demoiselle Laroche et tous les parens maternels qui avaient transigé avec lui le 4 frimaire an 7, avaient abandonné aux mineurs adultérins le quart de la Succession, et les avaient garantis de tout recours ultérieur de la part des autres héritiers qui pourraient se présenter dans la suite.

Les choses en cet état, Alexandre-Louis de Boniface obtient, le 4 thermidor an 10, en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal précédent, un brevet d'amnistie qui le raie de la liste des émigrés; et à la vue de ce brevet, le préfet du département de la Seine-Inférieure lui accorde, le 26 du même mois, main-levée définitive du séquestre de ses biens personnels situés dans ce département.

Le 22 nivôse an 13, le sieur de Boniface fait assigner, devant le tribunal de première instance du département de la Seine, Antoine-Charles-Victor, Ange-Louis et Aglaé-Marie, enfans mineurs des demoiselles Laroche, Pallin et Contat, et conclud à ce qu'il plaise à ce tribunal,

« Attendu qu'ils n'ont pas été légalement reconnus, l'un fils naturel de Charles-Victor-René de Maupeou, les deux autres enfans adultérins de René-Ange-Augustin de Maupeou;

» Attendu d'ailleurs, que, d'après la disposition de la loi du 14 floréal an 11, l'état et les droits des enfans nés hors mariage, dont les père et mère sont morts depuis la promulgation de la loi du 12 brumaire an 2, jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la paternité et la filiation et sur les Successions, doivent être réglés de la manière prescrite par ces titres;

» Attendu, quant à Antoine-Charles-Victor-René, qu'aux termes de l'art. 756 du Code, les enfans naturels n'ont rien à prétendre sur les biens des parens de leurs père et mère; qu'ainsi, dans l'hypothèse même où il pourrait se dire fils naturel d'Antoine-Charles-Victor-René de Maupeou, il se trouverait sans droit dans la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou;

» Attendu, quant au sieur Ange-Louis et à la demoiselle Aglaé-Marie, qu'aux termes de l'art. 335 du Code civil, les enfans nés d'un commerce incestueux ou adultérin, ne peuvent être reconnus; que, d'après l'art. 342, la recherche, soit de la paternité, soit de la maternité, leur est interdite;

» Attendu que, d'après l'art. 756 déjà cité, ledit sieur Ange-Louis et la demoiselle Aglaé-Marie, dans tous les cas possibles, ne sont point héritiers de René-Ange-Augustin de Maupeou; qu'ils auraient seulement droit à des alimens, si d'ailleurs il ne s'élevait contre eux aucune fin de non-recevoir;

» Attendu qu'il n'existe, contre le sieur de Boniface, ni convention, ni jugement passé en force de chose jugée, par lesquels l'état et les droits des sieurs Antoine-Charles-Victor-René, et Ange-Louis, et de la demoiselle Aglaé-Marie auraient été réglés, à l'égard desdits Antoine-Charles-Victor-René, Ange-Louis et Aglaé-Marie;

» Ordonner qu'il leur soit fait très-expresses inhibitions et défenses de se dire, le premier, fils naturel de Charles-Victor-René de Maupeou et les deux autres, enfans adultérins de René-Ange-Augustin de Maupeou; en conséquence, de prendre et porter le nom de Maupeou dans tels actes que ce puisse être, et ce sous telles fortes peines qu'il plaira au tribunal arbitrer; ce faisant, ordonner qu'ils seront déclarés enfans de pères inconnus : en conséquence, que les réformations qui auraient pu être faites sur leurs actes de naissance, soient rayées et biffées de tous registres où elles auraient été inscrites, et lesdits actes rétablis dans leur primitif et véritable état; à quoi faire seront tous dépositaires de registres contraints par toutes voies dues et de droit : quoi faisant, bien et valablement quittes et déchargés; comme aussi ordonner que lesdits Antoine-Charles-Victor-René, Ange-Louis, et le sieur Girault, ès-noms, soient condamnés à délaisser, dans le jour de la signification du jugement à intervenir, la propriété, possession et jouissance des biens dépendans de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, lesquels seront refoulés dans ladite Succession, pour être partagés, comme il conviendra, entre les ayant-droit; en conséquence, que défenses leur soient faites de s'immiscer désormais dans l'administration desdits biens, et de s'en dire et faire réputer propriétaires dans tels actes que ce soit, à peine de nullité desdits actes, et

de toutes pertes, dépens, dommages et intérêts ».

Par le même exploit, le sieur de Boniface fait aussi assigner les sieurs Anjorrant, oncle et neveu, et Marguerite de Jassand, veuve Derlach, héritiers maternels de René-Ange-Augustin de Maupeou; et demande qu'il soit procédé, entr'eux et lui, au partage de la Succession qu'il regarde comme encore indivise.

Enfin, et toujours par le même exploit, il conclud, à l'égard de toutes les parties, « à ce » qu'il plaise au tribunal le recevoir tiers-» opposant à tous jugemens relatifs à la Suc-» cession de René-Ange-Augustin de Mau-» peou, et qui se trouveraient en contradiction » avec le Code civil et la loi du 14 floréal » an 11; faisant droit sur ladite tierce-oppo-» sition, ordonner que lesdits jugemens soient » réformés en toutes et chacune des disposi-» tions d'iceux qui pourraient causer préju-» dice au demandeur, et porter atteinte à ses » droits ».

Le 8 thermidor an 13, Antoine-Charles-Victor de Maupeou dénonce la demande du sieur de Boniface à tous les héritiers maternels avec lesquels il a transigé par le ministère de la demoiselle Laroche, sa mère, le 4 frimaire an 7; et les somme de l'en garantir et indemniser, conformément à l'obligation qu'ils en ont contractée par la transaction même.

Le 17 brumaire an 14, le sieur Lepelletier, tuteur de Louis-René-Victor de Maupeou, fils mineur de Louis-Charles-Alexandre de Maupeou, décédé en état d'émigration, intervient pour réclamer, comme héritier bénéficiaire de son père, la succession paternelle de René-Ange-Augustin de Maupeou, neveu de celui-ci; et prend, à cet effet, des conclusions semblables, en tout point, à celles du sieur de Boniface.

Toutes les parties étant ainsi en présence, les enfans naturels et adultérins dont l'état et les droits ont été reconnus par les jugemens des 2 messidor et 26 fructidor an 3, soutiennent que ces jugemens, ayant été rendus avec les agens du gouvernement, ne peuvent pas être attaqués par des ex-émigrés que le gouvernement représentait alors, et qu'en conséquence, les sieurs de Boniface et Louis-René-Victor de Maupeou doivent être déclarés non-recevables.

Les héritiers maternels, assignés en garantie par l'exploit du 8 thermidor an 13, adhèrent à cette fin de non-recevoir.

La cause portée à l'audience, le sieur de Boniface a soutenu (ce sont les termes du jugement dont il sera parlé ci-après),

« Que, comme héritier maternel, il avait droit de réclamer un trente-deuxième dans la Succession de René de Maupeou; que sa qualité était reconnue, puisqu'on avait traité avec ses sœurs; que le droit à la Succession n'avait été contesté à aucun des parens maternels;

» Qu'on ne pouvait lui opposer les jugemens qui avaient prononcé contre la nation l'envoi en possession de tous les biens de Maupeou, paternels et maternels; que ces jugemens n'avaient pu saisir, ni les enfans naturels, ni les autres co-héritiers, de sa part héréditaire naturelle; que c'était à tort qu'on lui opposait ces jugemens comme la chose jugée sans retour, parcequ'en l'an 3 et en l'an 7, il était inscrit sur la liste des émigrés; qu'il n'en résultait pas qu'il eût été exclu en la personne de la nation; que toute la question, à son égard, se réduisait à savoir si en effet les jugemens de l'an 3 et de l'an 7 avaient adjugé aux enfans naturels, même la portion qui lui était dévolue dans la branche maternelle;

» Que, pour décider cette question, il fallait examiner s'il avait été représenté dans les jugemens, et le mérite de la fin de non-recevoir qui lui avait été opposée; que, dans le fait, il était en réclamation depuis 1792, contre son inscription sur la liste des émigrés; que, dès l'an 5, il avait obtenu de son département un arrêté en faveur de sa radiation; et, enfin, qu'il avait été amnistié le 4 thermidor an 10, peu de temps après le partage, qui est du 14 floréal an 9; que ce partage ne pouvait être regardé que comme provisionnel, puisqu'il existait encore une masse de biens à partager; que les lois sur l'amnistie restituaient à l'amnistié ses droits de propriété dans les biens existans, et le droit de former toutes actions; d'où il résultait que lui sieur Boniface était rétabli dans tous ses droits, puisqu'il n'existait pas de partage définitif; qu'ainsi, il avait droit dans tous les biens de la Succession;

» Qu'à l'égard de la question de fait s'il avait été représenté dans les jugemens, il était aisé, en lisant ces jugemens, de se convaincre que ni l'un ni l'autre de ces jugemens n'avait porté la moindre atteinte au droit des parens maternels, quels qu'ils fussent; que le jugement du 2 messidor, qui envoie en possession le mineur Laroche, vis-à-vis le bureau du domaine national, portait en toutes lettres ces mots: *Le tout sans préjudicier en rien aux droits que peuvent avoir les préten-*

dans à la Succession maternelle dudit Maupeou, fins de non-recevoir et défenses du mineur Laroche réservées au contraire;

» Qu'il résultait du texte même de ce jugement, que les droits d'une classe entière d'héritiers des prétendans à la Succession maternelle avaient été réservés; qu'il avait excepté de l'envoi en possession tout ce qui était dévolu à la ligne maternelle, *le tout sans entendre en rien préjudicier;* que cette exception embrassait toute la Succession maternelle;

» Qu'aucun jugement postérieur n'avait dérangé cette distribution de l'hoirie en deux masses;

» Que la transaction du 4 frimaire an 7 maintenait cette division, puisque, par cette transaction, moitié des biens avait été définitivement laissée à la branche maternelle;

» Que c'est cet ordre de choses consolidé par un partage, qu'il avait trouvé subsistant lorsqu'il avait formé sa demande en pétition d'hérédité;

» Que, d'après cela, on ne pouvait dire que les jugemens l'avaient exclu, et qu'il eût été évincé en la personne de la nation; qu'il était du nombre des héritiers maternels; que c'était seulement dans la moitié exceptée de l'envoi en possession, qu'il réclamait sa part;

» Qu'en vain l'on prétendait que les réserves consignées au jugement du 2 messidor an 3, n'étaient relatives qu'aux parens républicoles, qu'à ceux même qui avaient paru à l'inventaire, que ceux qui étaient émigrés n'en pouvaient profiter; qu'un pareil raisonnement n'était qu'un système, un commentaire sur le texte du jugement du 2 messidor: mais qu'une interprétation plus ou moins plausible ne pouvait former l'autorité de la chose jugée, parceque, dès qu'on avait besoin de commenter la chose prétendue jugée, et de la commenter, non pas dans les termes qui sont positifs, mais dans l'intention présumée du juge, il n'existait plus de chose jugée;

» Qu'en fait, l'administration a ignoré qu'il eût des droits actifs comme héritier Maupeou, parceque son nom de Boniface ne le rapprochait pas de la famille Maupeou; que la preuve qu'elle l'a ignoré, c'est que, nulle part, son nom n'a été décliné; c'est que celui d'Alexandre Maupeou, frère du chancelier, a seul été appelé dans les actes administrtifs; c'est enfin que l'administration n'a judiciairement conclu qu'à la propriété des biens paternels;

» Que, d'après les faits, ses droits dans la Succession maternelle Maupeou n'ayant pas été connus, il ne pouvait être exclu du bénéfice des réserves qui profitaient visiblement aux héritiers connus et inconnus, stipulés au profit des prétendans indistinctement;

» Que la nation ayant ignoré le droit qu'elle avait, ne l'avait point exercé, et n'avait point été jugée sur un droit non exercé; qu'il était donc de toute évidence que la nation, au 2 messidor an 3, ignorait que le sieur de Boniface eût des droits à la Succession Maupeou; que la nation l'ignorait encore au 18 brumaire an 7, puisqu'elle ne fondait ses prétentions que sur l'absence d'Alexandre Maupeou; que la même ignorance existait encore le 16 nivôse an 7, puisqu'elle ne concluait qu'à la propriété des biens paternels;

» Que la généralité des termes dans lesquels la nation procédait, empruntée de l'intitulé de l'inventaire, était une formule banale, insignifiante, à raison même de sa latitude; mais que ce qu'elle laissait dans l'obscurité et l'indétermination, les réserves du jugement l'avaient expliqué et déterminé; que, dans aucun cas, le sieur de Boniface n'a été représenté;

» Que n'ayant pas été représenté, on ne peut lui opposer les jugemens comme l'autorité de la chose jugée; et que la fin de non-recevoir ne peut lui être opposée, puisqu'elle est fondée uniquement sur les jugemens;

» Qu'il y a donc lieu de le recevoir tiers-opposant et de lui adjuger ses conclusions ».

Le 2 mai 1806, jugement ainsi conçu:

« Il s'agit de savoir si le bureau du domaine national a représenté les émigrés ou absens, et si tout est jugé par les jugemens des 28 germinal, 2 messidor et 26 fructidor an 3, les arrêts rendus à Melun, le 16 nivôse an 7, et à Versailles, le 25 floréal an 4, et l'arrêt de la cour de cassation, du 4 vendémiaire an 8; et enfin, si le mineur Louis de Maupeou et le sieur de Boniface peuvent attaquer, par voie de nullité et de tierce-opposition, des jugemens et arrêts ayant acquis l'autorité de la chose jugée, tant parceque tous les délais pour se pourvoir sont expirés, que par leur exécution volontaire;

» Attendu que la Succession Maupeou s'étant ouverte sous l'empire des lois sur l'émigration, la république a été saisie des droits que pouvaient y prétendre les sieurs de Boniface et Charles de Maupeou, émigrés; que le bureau du domaine national à Paris était légalement constitué pour exercer et défendre les intérêts de la république en cette partie; que, dans l'inventaire de ladite Succes-

sion, il a paru comme y stipulant les intérêts de la république, à cause de l'absence de ceux qui pouvaient y avoir des droits; que, sur ces mêmes qualités, il a été rendu, le 2 messidor an 3, un jugement contradictoire entre lui et le mineur Laroche, par lequel ce dernier a été reconnu pour fils naturel de Charles de Maupeou; comme tel, héritier de René; et, en tant que de besoin, envoyé en possession des biens de la Succession dont il s'agit; que, si ce jugement contient une *réserve pour les droits des héritiers maternels*, cette réserve ne peut intéresser que les parens républicoles de cette ligne, non présens à la cause, mais nullement le bureau national; 1° parceque les qualités prises par le bureau, étaient indivisibles, et concentraient dans leur acception les droits de l'une et de l'autre ligne; 2° parceque, pour l'une comme pour l'autre ligne, les moyens d'actions et de défenses étaient les mêmes; 3° parceque l'objet du jugement était indivisible en sa nature, savoir, la reconnaissance d'état du mineur, laquelle entraînait nécessairement la qualité d'héritier, et, comme tel, l'envoi en possession;

» En ce qui touche la preuve demandée audit mineur, de la présentation d'un mémoire préalable à toute citation, conformément à la loi du 5 novembre 1790,

» Considérant, en fait, que la présentation de ce mémoire est suffisamment justifiée, soit par l'énonciation qui ressort de diverses pièces de la procédure, soit par la présomption de droit qui résulte des jugemens, lesquels sont toujours censés rendus d'après les formalités requises, lorsque la loi n'en a pas exigé la mention expresse; en droit, que la peine de nullité, prononcée par la loi, pour le défaut de présentation de ce mémoire, n'a pas l'effet d'empêcher que la république ait reçu jugement par son mandataire légal (le bureau national); et que, sur cette peine, il ne peut être statué par voie de tierce-opposition, ni par un tribunal inférieur ou égal à celui qui a jugé; 1° parceque les nullités de plein droit ne sont pas admises, et que, pour la violation des formes dans les jugemens, la loi du 4 germinal an 2 prescrit le recours en cassation; 2° parceque la nullité dont il s'agit, n'est que relative; que le bureau du domaine pouvait seul s'en prévaloir ou y renoncer, sauf la responsabilité prévue par la même loi; 3° parceque le défaut de cette formalité ne peut être opposé au jugement d'appel de Melun, jugement qui, statuant sur le fond, déboute le commissaire national, soit comme intervenant, soit comme adhérent aux conclusions des héritiers maternels, et consacre ainsi, envers toutes les parties, l'état du mineur Laroche et sa qualité d'héritier; enfin, que la requête du pourvoi en cassation contre ce jugement, a été rejetée;

» Considérant que ces moyens et jugemens en faveur du mineur Laroche, écartent également les prétentions de la république contre Ange-Louis et Aglaé-Marie Maupeou; que d'ailleurs, leurs droits sont aussi protégés par des jugemens particuliers en leur faveur;

» Attendu que la remise des biens, résultant du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, renferme la condition que les amnistiés resteront soumis, comme la république l'avait été, soit aux actes qu'elle a faits, soit aux jugemens qu'elle a subis; que la loi du 14 floréal an 11 consacre les conventions et jugemens passés en force de chose jugée, par lesquels l'état et des droits des enfans naturels auraient été antérieurement réglés;

» Le tribunal déclare les sieurs de Boniface et Lepelletier, tuteur de Louis-René-Victor de Maupeou, non-recevables dans leur tierce-opposition, intervention et demande, et les condamne aux dépens : sur le surplus des demandes, met les parties hors de cour, ».

Le sieur de Boniface et le mineur Louis-René-Victor de Maupeou interjettent appel de ce jugement. Mais, par arrêt du 14 mars 1807, la cour d'appel de Paris, « adoptant les » motifs du tribunal de première instance, » met l'appellation au néant ».

Le sieur de Boniface se pourvoit en cassation.

« Huit moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 29 décembre 1808) vous sont présentés par le demandeur.

» 1° Contravention à la loi du 29 fructidor an 2, en ce que l'arrêt attaqué a fait dériver de cette loi, pour le ci-devant bureau du domaine national du département de la Seine, une qualité suffisante pour représenter le gouvernement dans les jugemens des 2 messidor et 26 fructidor an 3;

» 2° Contravention à l'art. 15 du tit. 3 de la loi du 5 novembre 1790, en ce que le même arrêt maintient des jugemens rendus avec le bureau du domaine national, sans remise préalable d'un mémoire de la part des demandeurs, et sans autorisation de l'administration départementale;

» 3° Contravention aux art. 15, 16 et 17 du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, en ce que, par le même arrêt, il est décidé que le gouvernement seul peut exciper de l'omission des formes administratives, dans les

affaires où il a eu à stipuler les droits des émigrés amnistiés;

» 4°. Contravention aux lois qui interdisent aux tribunaux toute entreprise sur les attributions des autorités administratives, et à celles qui leur défendent toute rétractation de jugemens rendus en dernier ressort, ou passés en force de chose jugée; en ce que, d'une part, l'arrêt attaqué, par une interprétation des actes du bureau du domaine national et de l'administration centrale du département de la Seine, qui ne pouvait émaner que de l'une ou de l'autre de ces autorités, ou de celle qui leur a été depuis subrogée, décide que le gouvernement a figuré dans les instances dont il s'agit, comme stipulant les droits des parens émigrés de la ligne maternelle, comme les parens émigrés de la ligne paternelle; et que, d'un autre côté, le même arrêt rétracte et rend sans effet la réserve des droits des héritiers maternels insérée dans le jugement du 2 messidor an 3;

» 5° Fausse application des lois des 25 brumaire an 3 et 12 ventôse an 8, en ce que, par le même arrêt, le bénéfice de cette réserve a été restreint aux parens maternels républicoles;

» 6° Contravention à l'art. 1351 du Code civil, en ce que, par le même arrêt, le jugement de Melun, du 16 nivôse an 7, qui n'a été rendu que contre le gouvernement représentant la ligne paternelle du défunt, a été déclaré avoir l'autorité de la chose jugée contre le gouvernement représentant les émigrés de la ligne maternelle;

» 7° Fausse application de l'art. 5 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667, et violation des art. 1350 et 1366 du Code civil, en ce que le même arrêt attribue l'autorité de la chose jugée contre les émigrés de la ligne maternelle, aux jugemens surpris par les deux bâtards adultérins, tandis que le gouvernement n'a figuré dans ces jugemens, que comme représentant les émigrés de la ligne paternelle; et que les deux bâtards adultérins l'ont eux-mêmes reconnu formellement dans la transaction du 7 floréal an 8;

» 8° Fausse application des principes sur l'acquiescement à la chose jugée, en ce que la cour d'appel de Paris a tiré des arrêtés de l'autorité administrative portant main-levée des séquestres apposés sur les biens de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, la conséquence que le gouvernement avait renoncé à toute prétention sur ces biens du chef des héritiers maternels émigrés; tandis que ces mains-levées de séquestres avaient eu lieu au profit des héritiers maternels tout aussi bien qu'au profit des bâtards; tandis encore que ces main-levées de séquestres avaient été la suite nécessaire et forcée du jugement de Melun, du 16 nivôse an 7, confirmé par l'arrêt de la cour du 24 vendémiaire an 8; et que jamais on n'a considéré comme acquiescement, l'exécution donnée par une partie condamnée à un jugement en dernier ressort.

» Notre ministère nous appelle à reprendre séparément chacun de ces moyens, et à les discuter l'un après l'autre. Mais nous croyons devoir, avant tout, faire sur leur ensemble une observation générale.

» Le sieur de Boniface a-t-il eu qualité pour intenter l'action sur laquelle est intervenu l'arrêt dont il se plaint; et par suite, a-t-il qualité pour se plaindre de l'arrêt qui l'a déclaré non-recevable dans cette action?

» Quel était le but de cette action? C'était d'exclure de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, un neveu naturel et deux enfans adultérins de celui-ci, et de partager cette Succession, tant avec les sieurs Anjorrant et la veuve Lerbach, qu'avec les autres parens maternels.

» Cette Succession, à quelle époque s'était-elle ouverte? Le 14 floréal an 2, c'est-à-dire, à une époque où le sieur de Boniface était inscrit sur la liste des émigrés, de laquelle il n'a été éliminé que par un brevet d'amnistie du 4 thermidor an 10.

» Or, le sieur de Boniface a-t-il pu, dans cet état, succéder, le 14 floréal an 2, à René-Ange-Augustin de Maupeou? Oui, s'il faut l'en croire, et la raison en est qu'il avait réclamé en temps utile contre son inscription sur la liste des émigrés; que, par cette réclamation, il avait empêché la qualité d'émigré de se fixer sur sa tête; qu'il était resté simplement *prévenu d'émigration*; et que ce n'était pas aux simples prévenus d'émigration, mais aux vrais émigrés, que l'art. 1er de la loi du 28 mars 1793 infligeait la peine de mort civile.

» Mais il oublie que, par la loi du 12 ventôse an 8, tous les individus qui, à l'époque de sa promulgation, étaient inscrits sur la liste des émigrés, et n'en avaient pas été rayés définitivement par les autorités compétentes, ont été indistinctement réputés émigrés, et, comme tels, déclarés incapables *d'invoquer le droit civil des Français*.

» Il oublie que cette loi a eu pour lui l'effet d'un arrêté du gouvernement, qui, statuant sur sa réclamation contre la liste des émigrés, l'aurait maintenu définitivement sur

cette liste, et aurait décidé qu'il avait réellement abandonné le territoire français à l'époque indiquée par son inscription, c'est-à-dire, en 1792.

» Il oublie que la cour l'a ainsi jugé contre l'héritière testamentaire du sieur Marets-Saint-Pierre, par arrêt du 28 germinal an 12, et contre le sieur Masson, par arrêt du 10 juin 1806 (1).

» Il oublie enfin que c'est parceque, d'après cette loi, il n'était plus simplement prévenu d'émigration, mais définitivement maintenu sur la liste des émigrés, qu'il a été obligé d'avoir recours à la clémence du gouvernement, pour en obtenir le brevet d'amnistie, qui lui a été délivré le 4 thermidor an 10.

» Sous quels prétextes a-t-il donc pu venir, le 22 nivôse an 13, troubler les paisibles possesseurs d'une Succession qui s'était ouverte pendant sa mort civile, et soutenir qu'il avait le droit d'exclure les uns, et de faire avec les autres un nouveau partage? Il faut l'entendre lui-même.

» Premièrement, a-t-il dit, la disposition de la loi du 12 ventôse an 8, par laquelle tous ceux qui, à cette époque, étaient simplement prévenus d'émigration par leur inscription sur la liste, ont été réputés définitivement émigrés, n'a pu avoir d'effet rétroactif: c'est un point jugé par l'arrêt de la cour du 12 mai 1806, dans l'affaire du testament de Jean Meyer. Cette disposition n'a donc pas pu me faire considérer comme ayant été en état de mort civile, lorsque s'est ouverte la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou.

» Secondement, le brevet d'amnistie que j'ai obtenu le 4 thermidor an 10, a effacé toutes les empreintes et anéanti tous les effets de la mort civile, que j'aurais pu, aux termes de la loi du 12 ventôse an 8, avoir encourue par mon inscription sur la liste des émigrés. Je suis donc, par la vertu de ce brevet, replacé au même état que si mon inscription sur la liste des émigrés n'avait jamais eu lieu. Ce brevet m'a donc habilité à succéder le 14 floréal an 2, comme si alors mon nom n'eût pas été inscrit sur cette liste.

» Mais d'abord, comment peut-on dire que la loi du 12 ventôse an 8, en assimilant les simples inscrits sur la liste des émigrés aux émigrés réels, n'a pas pu rétroagir sur le passé? Et comment ne sent-on pas que, si elle n'avait pas rétroagi en cela sur le passé, elle eût été absolument insignifiante? Le moyen en effet de changer un simple prévenu d'émigration en émigré proprement dit, sans ôter à ce prévenu le droit qu'il tenait de lois antérieures, de faire statuer sur sa réclamation par un arrêté particulier? Et ôter un pareil droit à un simple prévenu d'émigration, n'est-ce pas rétroagir sur le passé? Sans doute, en disposant ainsi, la loi du 12 ventôse an 8 s'est écartée du principe qui veut que les lois n'aient point d'effet rétroactif; mais elle y a été forcée par le grand objet, par l'objet vraiment politique et national, qu'elle avait en vue; et il n'y avait pas de milieu: ou il fallait qu'elle adoptât ce parti, pour préparer la voie à l'amnistie générale, qui était, dès-lors, dans la pensée du législateur; ou il fallait qu'elle maintînt l'usage des décisions individuelles sur chaque réclamation, usage qu'une expérience de plusieurs années n'avait que trop prouvé ne pouvoir jamais obtenir le résultat qu'on s'en était promis.

» Que veut donc dire le sieur de Boniface, et s'entend-il bien lui-même, quand il soutient que la loi du 12 ventôse an 8 n'a pas pu, en le maintenant, malgré sa réclamation, sur la liste des émigrés, le faire considérer comme ayant été, pendant tout le temps de son inscription sur cette liste, qui a précédé la promulgation de cette loi, incapable de recueillir aucune Succession? Pour que la loi du 12 ventôse an 8 eût pu ne pas avoir cet effet, il faudrait nécessairement qu'elle eût laissé au sieur de Boniface un moyen de faire juger si son inscription sur la liste des émigrés était fondée ou ne l'était pas; si c'était à tort ou justement qu'en l'inscrivant sur la liste des émigrés, on l'avait constitué en état de prévention d'avoir émigré; s'il devait être déclaré convaincu de cette prévention, ou s'il devait en être acquitté. Or, il est bien constant que la loi du 12 ventôse an 8 s'opposait à ce que le sieur de Boniface sollicitât et fît rendre désormais un pareil jugement. Il est bien constant que, par cela seul qu'elle maintenait définitivement le sieur de Boniface sur la liste des émigrés, elle ne lui permettait plus de solliciter une radiation de justice; qu'elle ne lui laissait plus à espérer qu'une radiation de pure grâce; qu'elle lui fermait toutes les voies qui eussent pu le conduire à une radiation déclarative de son innocence, et, par conséquent, rétroactive au temps de son inscription. En deux mots, la loi du 12 ventôse an 8 a maintenu le sieur de Boniface sur la liste des émigrés, comme l'y eût maintenu précédemment un arrêté du gouvernement qui, d'après l'examen de sa réclamation, aurait jugé son inscription bien fondée; elle a donc, comme l'eût fait cet arrêté, s'il eût été pris

(1) *V.* l'article *Émigration*, §. 6.

par le gouvernement avant le 12 ventôse an 8, décidé que le sieur de Boniface avait été frappé de mort civile dès l'instant de son inscription sur la liste des émigrés; elle a donc eu l'effet qu'aurait eu un pareil arrêté, de déclarer que le sieur de Boniface n'avait pas pu être saisi, le 14 floréal an 2, de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou.

» Et vainement le sieur de Boniface cherche-t-il un appui à son système, dans l'arrêt de la cour du 12 mai 1806. Cet arrêt eût été bon à citer de la part de son héritier, si, comme Jean Meyer, il fût mort avant la loi du 12 ventôse an 8, en état de réclamation contre son inscription sur la liste des émigrés. Dans cette hypothèse, l'héritier du sieur de Boniface aurait pu dire, comme l'héritier de Jean Meyer, qu'il était décédé non mort civilement, et qu'une loi postérieure à son décès n'avait pas pu le constituer rétroactivement en état de mort civile. Mais le sieur de Boniface a survécu, comme le sieur Marest-Saint-Pierre, comme le sieur Masson, à la promulgation de la loi du 12 ventôse an 8. La loi du 12 ventôse an 8 l'a donc atteint, comme le sieur Marets-Saint-Pierre, comme le sieur Masson; il doit donc, comme eux, être jugé avoir, par le seul effet de son inscription sur la liste des émigrés, quoique suivie de réclamation dans le temps fatal, encouru la peine de mort civile que la loi du 28 mars 1793 attachait à l'émigration.

» En second lieu, il est vrai que la mort civile du sieur de Boniface a cessé par l'amnistie qu'il a obtenue de la clémence du gouvernement, le 4 thermidor an 10; mais a-t-elle cessé avec effet rétroactif? Distinguons.

» Le sieur de Boniface a certainement été réintégré par son amnistie dans tous les droits civils qu'il avait acquis avant son inscription sur la liste des émigrés. Ainsi, avant son inscription sur la liste des émigrés, lui avait-il été fait des legs par des testateurs décédés antérieurement à la même époque? Il a recouvré, par son amnistie, le droit de réclamer ces legs. Lui était-il échu, avant son inscription sur la liste des émigrés, une Succession quelconque? Son amnistie lui a rendu le droit de la revendiquer sur tous les tiers qui auraient pu l'usurper pendant sa mort civile. Et c'est ce que l'empereur Justinien exprime fort bien dans ses Institutes, titre *quibus modis patria potestas solvitur*, §. 1 : la pleine amnistie que le prince, dit-il, accorde aux morts civilement, les réintègre à tous égards dans leur ancien état : *Sed et si, ex indulgentiâ principis, restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt.*

» Mais le sieur de Boniface a-t-il été rappelé par son amnistie, à l'exercice des droits civils qui lui seraient échus pendant sa mort civile, si, à cette époque, il n'eût pas été mort civilement? C'est demander en d'autres termes si, par son amnistie, sa mort civile a tellement cessé, qu'elle soit réputée n'avoir jamais eu lieu; si, par son amnistie, il est supposé avoir vécu civilement dans l'intervalle pendant lequel il était mort aux yeux de la loi. Et sur cette question, la négative est très-constante.

» D'abord le sénatus-consulte du 6 floréal an 10 dit bien, art. 15, qu'une fois amnistiés par un brevet du gouvernement, les émigrés *jouiront de tous leurs droits de citoyens*; mais par cela seul qu'il emploie le pronom possessif *leurs*, il fait assez entendre que les droits de citoyen n'auront d'effet pour eux, qu'autant que ces droits auront été dans leur patrimoine avant leur mort civile, ou qu'ils y tomberont à l'avenir, et que les droits civils qui n'ont pas pu devenir *leurs* au moment où ils se sont ouverts, resteront pour eux comme non avenus.

» Ensuite, en supposant le sénatus-consulte absolument muet sur la question, son silence même équipollerait à une décision positive contre le sieur de Boniface. La loi peut sans contredit feindre que ce qui a été, n'a pas été; elle peut sans contredit effacer, par une fiction, jusqu'à la plus légère trace, jusqu'au moindre effet d'un état qui a existé, et qu'elle fait cesser : mais il ne suffit pas qu'elle le puisse, il faut encore qu'elle le veuille; il faut encore qu'elle en manifeste la volonté; dès qu'elle ne dit rien à cet égard, elle laisse les choses telles qu'elles sont par elles-mêmes.

» Aussi la cour a-t-elle jugé plusieurs fois que l'amnistie accordée aux émigrés, n'empêche pas qu'ils ne soient considérés comme ayant été morts civilement pendant tout le temps qu'a duré leur inscription sur la liste.

» C'est ainsi que, le 28 germinal an 12, vous avez décidé que la radiation accordée par forme d'amnistie à la mémoire du sieur Marets-Saint-Pierre, n'avait pas validé le testament qu'il avait fait pendant qu'il était inscrit sur la liste des émigrés.

» C'est ainsi que, le 18 juin 1806, la section civile a jugé que l'amnistie accordée au sieur Masson, n'avait pas rétabli, avec effet rétroactif, entre lui et son épouse, la communauté de biens qui avait été dissoute par son inscription sur la liste.

» C'est ainsi que, le 16 mai 1808, la même section a jugé qu'un mariage contracté entre deux émigrés pendant leur émigration, n'é-

tait pas devenu valable par l'effet de leur amnistie.

» C'est ainsi que, le 28 juin suivant, la même section a jugé, dans l'affaire du sieur Crotat, que le sieur Bellemare-d'Ocquainville n'avait pas recouvré, par son amnistie, le droit de prendre, dans la succession de la veuve Boisroussel, ouverte pendant son émigration, la part qu'il y aurait eue, si, à cette époque, il eût joui de la vie civile.

» Dans toutes ces espèces, il n'était pas question de l'intérêt du fisc; c'est dans l'intérêt des particuliers qui opposaient aux exémigrés leur mort civile aux époques dont il s'agissait dans chacune, qu'il a été jugé que cette mort civile n'avait pas été effacée avec effet rétroactif, par les brevets d'amnistie accordés en exécution du sénatus-consulte du 6 floréal an 10. C'est donc bien mal à propos que le sieur de Boniface vient ici se prévaloir de ce que le fisc ne réclame pas actuellement sa part dans la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, et conclure de là que ses adversaires sont non-recevables à lui contester cette part. Ses adversaires peuvent lui répondre, et lui répondaient effectivement, tant en première instance qu'en cause d'appel: *Mort civilement à l'époque de l'ouverture de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, vous n'avez pu alors être saisi d'aucune part dans cette Succession. Si vous y avez eu des droits, ils ont été dévolus au fisc, et le fisc a été bien maître d'y renoncer. S'il y a renoncé en effet, qu'avez-vous à dire? S'il n'y a pas renoncé, il aurait sans doute pu vous les rendre, en vous amnistiant; mais il ne vous les a pas rendus. Vous êtes donc, sous tous les rapports, sans aucune espèce d'action.*

» Pour rendre cette réponse plus sensible, supposons que la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou ne se soit ouverte qu'après la loi du 8 messidor an 7, par laquelle il a été dit qu'à l'avenir, la république ne succéderait plus du chef des émigrés en ligne collatérale, et que les Successions collatérales auxquelles des émigrés auraient été appelés, s'ils n'eussent pas été morts civilement, appartiendraient désormais aux parens républicoles. Dans cette supposition, le sieur de Boniface serait-il recevable à réclamer, en vertu de son amnistie, une Succession que les parens républicoles du défunt auraient recueillie à son exclusion pendant sa mort civile? Non assurément; et pourquoi? Parceque la règle, *le mort saisit le vif son plus prochain héritier habile à lui succéder*, n'aurait pas pu agir en sa faveur pendant qu'il était incapable de toute Succession; parceque cette règle n'aurait agi et pu agir qu'en faveur des parens républicoles de René-Ange-Augustin de Maupeou; parcequ'une fois saisis légalement de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, les parens républicoles de celui-ci n'auraient pas pu en être dessaisis par la grace que le gouvernement aurait faite au sieur de Boniface, en l'amnistiant.

» Eh bien! Ce que la loi a fait par la loi du 8 messidor an 7, pour toutes les Successions collatérales qui s'ouvriraient à l'avenir, le gouvernement n'a-t-il pas pu le faire, par un acte particulier, pour la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou qui s'était ouverte avant cette loi? Le gouvernement n'a-t-il pas pu abandonner aux héritiers républicoles de René-Ange-Augustin de Maupeou, tous les droits qu'il aurait pu exercer du chef du sieur de Boniface? Et encore une fois, de deux choses l'une : ou il les leur a abandonnés en effet, ou il les a conservés. S'il les leur a abandonnés, le sieur de Boniface n'a aucune qualité pour attaquer l'abandonnement qu'il leur en fait. S'il les a conservés, lui seul en a l'exercice; et le sieur de Boniface ne peut pas, sans une cession expresse et spéciale de sa part, être admis à les exercer.

» Voilà, messieurs, l'observation générale que nous avions à faire sur l'ensemble des moyens de cassation du sieur de Boniface; et vous nous avez sûrement prévenus sur la conséquence qui en résulte : c'est que les premiers juges et la cour d'appel auraient pu, en déclarant, comme ils l'ont fait, le sieur de Boniface non-recevable dans sa demande et dans sa tierce-opposition, se fonder uniquement sur son défaut absolu de qualité; c'est que, si les motifs sur lesquels est fondée la fin de non-recevoir prononcée contre le sieur de Boniface, vous paraissaient n'être pas en harmonie avec la loi, vous pourriez, vous devriez même, y substituer le motif que le défaut absolu de qualité du sieur de Boniface offrait aux premiers juges et à la cour d'appel; c'est que vous le pourriez et le devriez d'autant plus, que ce défaut absolu de qualité a été plaidé devant la cour d'appel, comme il l'avait été devant les premiers juges; c'est enfin que nous pourrions nous dispenser de toute explication sur les huit moyens de cassation du sieur de Boniface.

» Cependant, messieurs, examinons ces moyens, et voyons si, considérés en eux-mêmes, voyons si, abstraction faite du défaut absolu de qualité dans celui qui les

propose, ils pourraient amener la cassation de l'arrêt qui vous est dénoncé.

» D'abord, est-il vrai que le bureau du domaine national du département de la Seine n'était pas compétent pour défendre à la demande formée contre lui par le mineur Laroche, en reconnaissance de son état de neveu naturel de René-Ange-Augustin de Maupeou? Est-il vrai, par suite, que le jugement du 2 messidor an 3, qui a reconnu cet état contradictoirement avec le bureau du domaine national du département de la Seine, doit être considéré comme non rendu avec la république, et comme dénué de l'autorité de la chose jugée contre les ex-émigrés à qui la république a transmis les droits qu'elle avait acquis, de leur chef, sur la Succession du défunt?

» Cette question ne peut être résolue que par la loi qui a créé l'établissement connu, pendant tout le temps qu'il a existé, sous le nom de *Bureau du domaine national du département de la Seine*, c'est-à-dire, par la loi du 29 fructidor an 2.

» Dans cette loi, trois articles sont à remarquer : le 1er, le 9e et le 13e.

» L'art. 1er porte qu'*il sera établi un bureau pour la* CONSERVATION, *location et vente des domaines nationaux, meubles et immeubles de toute espèce, et qu'il sera spécialement chargé des fonctions qui étaient attribuées pour cet objet au département de Paris, et au district y réuni.....*

» L'art. 9 ajoute que ce bureau *remplira toutes les fonctions attribuées aux agens nationaux de district, tant pour représenter les absens et émigrés dans les Successions ouvertes et qui s'ouvriront à l'avenir, que pour l'exécution des lois des 20 mars 1793 et 10 frimaire dernier, et généralement pour tout ce qui a rapport aux domaines nationaux de toute espèce.*

» Enfin, l'art. 13 déclare que *le bureau exercera les fonctions de surveillance attribuée ci-devant au département de Paris, sur les deux districts de Franciade et de l'Égalité, pour l'administration et la vente des domaines nationaux.*

» Il résulte clairement du premier de ces trois articles, que le bureau du domaine national était, par son institution, un démembrement de l'administration du département de Paris, et qu'il devait exercer, relativement aux domaines nationaux, toutes les fonctions qui avaient été précédemment attribuées à cette administration considérée, non-seulement comme *district*, mais encore comme *département* proprement dit; qu'il devait, par conséquent, être absolument indépendant de cette administration; et qu'il ne lui était subordonné, ni de la même manière que les districts l'étaient aux départemens, ni de la même manière qu'une agence ou régie l'est à l'administration dont elle est détachée.

» Cette vérité deviendra plus sensible encore, si nous nous reportons au discours prononcé à la séance de la Convention nationale, du 29 fructidor an 2, par le rapporteur de la loi : *Un point qui n'est pas contesté* (y est-il dit), *c'est la nécessité de distraire du département de Paris les domaines nationaux. Ainsi, toute la difficulté consiste à savoir si on les réunira à la commission des revenus nationaux. Le même motif qui les fait distraire du département de Paris, doit empêcher cette réunion à la commission des revenus nationaux; car vous lui donneriez une attribution si grande, qu'il serait impossible aux commissaires de remplir, avec la sévérité convenable, toute l'étendue de leurs obligations. La commission des revenus nationaux, par la nature de son institution, est surveillante, sous le rapport des domaines, des administrations dans toute l'étendue de la république; mais ici, elle deviendrait en même temps agissante et surveillante d'elle-même dans la section de la républiqne qui offre la partie des domaines la plus considérable.*

» Ainsi, l'intention des rédacteurs de la loi était bien évidemment de distraire totalement les domaines nationaux des attributions du département de Paris; et par là, de rendre le département de Paris tellement étranger aux domaines nationaux, qu'il n'aurait plus à se mêler en rien de tout ce qui pourrait les concerner. Cette intention se manifeste surtout par l'alternative dans laquelle le rapporteur annonce que la discussion du projet de loi avait placé la question. Point de milieu, disait-il : ou il faut attribuer cette partie des fonctions du département à la commission des revenus nationaux, ou il faut l'attribuer à un bureau créé tout exprès. Or, bien certainement, si cette partie des fonctions du département eût été attribuée à la commission des revenus nationaux, le département n'y eût conservé aucune espèce de surveillance; il n'en a donc pas conservé davantage dans le système qui a prévalu; le bureau du domaine national a donc été créé indépendant de l'administration du département, comme l'eût été la commission des revenus nationaux.

» Aussi remarquez-vous que, par l'art. 13 de la loi, la supériorité qu'avait précédem-

ment l'administration du département de Paris sur les districts de Saint-Denis et de Bourg-la-Reine, *pour l'administration et la vente des domaines nationaux*, est transportée au bureau du domaine national; ce qui prouve bien que le bureau du domaine national est érigé, pour tout ce qui concerne l'*administration* et la vente des domaines nationaux, en autorité parallèle au département de Paris.

» Si la loi n'en avait pas dit davantage, pourrait-on douter que le droit d'intenter et de soutenir en justice les actions auxquelles pouvaient donner lieu les domaines nationaux, n'eût été transféré, du département de Paris, au bureau du domaine national? En quelle qualité le département de Paris avait-il été investi par la loi du 5 novembre 1790, du droit d'intenter et de soutenir ces actions? En sa qualité, en sa seule qualité, d'administrateur des domaines nationaux. Cette qualité lui a été ôtée, elle a été transférée, par la loi du 29 fructidor an 2, au bureau du domaine national. La loi du 29 fructidor an 2 lui a donc également ôté, elle a donc également transféré au bureau du domaine national, le droit d'intenter et de soutenir en justice les actions dont il s'agit. Voilà évidemment de quelle manière nous devrions raisonner, si cette loi se bornait aux dispositions des articles 1 et 13, que nous venons d'analyser.

» Mais on prétend que l'art. 9 écarte la conséquence à laquelle ces dispositions devraient, par elles-mêmes, nous conduire. Par l'art. 9, dit-on, la loi n'attribue au bureau du domaine national, en ce qui concerne les procès à intenter ou à soutenir, que les fonctions déléguées *aux agens nationaux de district*. Or, les agens nationaux de district, que la loi du 5 novembre 1790 qualifiait de procureurs-syndics, n'étaient chargés par cette loi que de représenter le procureur-général-syndic du département devant les tribunaux; et le procureur-général-syndic lui-même ne pouvait y représenter l'administration départementale, qu'en vertu de l'autorisation expresse qui lui en était conférée par cette administration.

» Cet argument est spécieux. Mais rapprochons-le des art. 1 et 13, et nous le verrons s'évanouir comme l'ombre devant la lumière. Encore une fois, il résulte des art. 1 et 13, que le bureau du domaine national est une autorité absolument indépendante de l'administration départementale, ou plutôt qu'il est lui-même administration départementale pour tout ce qui concerne les domaines nationaux. Or, aurait-il vraiment et pourrait-il avoir ce caractère, si, pour paraître au nom de la république devant les tribunaux, il avait besoin d'une mission spéciale du procureur-général-syndic du département, précédée d'une mission spécialement confiée à celui-ci par l'administration départementale? Il est évident que non, puisqu'alors il ne pourrait pas agir lui-même, puisqu'alors il ne pourrait être mis en mouvement que par l'administration départementale et par le procureur-général-syndic de cette administration, puisqu'alors il serait essentiellement subordonné à l'une et à l'autre.

» Ce n'est pas tout. L'art. 9 porte, comme vous l'avez vu, que le bureau du domaine national remplira toutes les fonctions attribuées aux agens nationaux de district, non-seulement *pour représenter les absens et émigrés dans les Successions*, mais encore *pour l'exécution de la loi du 20 mars 1793*. Or, quelle est cette loi du 20 mars 1793, pour l'exécution de laquelle le bureau du domaine national doit remplir les fonctions attribuées aux agens nationaux de district? Il y a, sous la date du 20 mars 1793, un assez grand nombre de lois: nous les avons toutes vérifiées, et nous avons reconnu qu'il n'en est qu'une seule qui puisse se rapporter aux attributions du bureau du domaine national; c'est celle qui défend *à tous dépositaires de payer aucune somme de deniers sur des jugemens rendus par défaut contre les absens ou émigrés, à moins que lesdits jugemens n'aient été rendus contradictoirement avec les procureurs-généraux-syndics des départemens*. Le sens de cette partie de l'art. 9 de la loi du 29 fructidor an 2, est donc que les jugemens qui, d'après la loi du 20 mars 1793, doivent, comme intéressant des émigrés, être rendus avec les procureurs-généraux-syndics des départemens, seront rendus, quant au département de Paris, contradictoirement avec le bureau du domaine national. L'art. 9 met donc, à cet égard, le bureau du domaine national à la place des procureurs-généraux-syndics; il investit donc le bureau du domaine national, du droit attribué aux procureurs-généraux-syndics, de représenter les émigrés devant les tribunaux. Il le constitue donc, à cet effet, procureur-général-syndic; il l'affranchit donc de la nécessité dans laquelle étaient les agens nationaux de district, de se faire autoriser spécialement par les procureurs-généraux-syndics, pour pouvoir paraître en justice au nom des émigrés.

» Mais pourquoi cet article ne fait-il mention que des attributions des agens nationaux de district? Pourquoi ne dit-il pas tout sim-

plement que le bureau du domaine national aura, pour intenter et soutenir les actions relatives aux domaines nationaux et aux droits quelconques des émigrés, la même latitude de pouvoir qui est accordée, par la loi du 5 novembre 1790, aux procureurs-généraux syndics, munis de l'autorisation des administrations départementales?

» Pourquoi? Par une raison bien facile à saisir. Dire simplement que le bureau du domaine national remplacera, dans les actions judiciaires, le procureur-général-syndic, c'eût été dire que le bureau du domaine national aurait besoin, comme le procureur-général-syndic, d'un intermédiaire pour plaider devant les tribunaux; c'eût été dire qu'à l'instar du procureur-général-syndic, il aurait dû ne plaider que par l'organe de l'agent national de district; car, aux termes de l'art. 13 du tit. 3 de la loi du 5 novembre 1790, le procureur-général-syndic ne pouvait plaider qu'à la *poursuite et diligence de* celui-ci; et en s'exprimant ainsi, on aurait été directement contre le but qu'on se proposait, puisqu'alors il eût fallu que le procureur-général-syndic du département de Paris, qui était en même temps agent national de district, devînt le mandataire, le représentant, l'avoué du bureau du domaine national.

» Le législateur a donc été forcé de s'exprimer tout autrement. Il a dû dire et il a dit: dans l'état actuel de la législation, les agens nationaux de district sont les seuls qui paraissent, au nom de l'État et des émigrés, devant les tribunaux. Eh bien! Le bureau du domaine national y paraîtra également seul; mais comme il forme une autorité indépendante, comme il n'y a aucun rapport d'hiérarchie entre lui et l'administration départementale, il y paraîtra sans délégation spéciale du procureur-général-syndic du département; il y paraîtra en vertu des seules délibérations qu'il prendra à cet effet.

» C'est ainsi que la loi du 29 fructidor an 2, bien entendue, bien étudiée dans toutes ses dispositions, se concilie parfaitement avec elle-même; c'est ainsi que s'accorde avec l'attribution qu'elle fait au bureau du domaine national, des fonctions des agens de district pour l'exercice des actions nationales en justice, l'indépendance dans laquelle elle le place vis-à-vis de l'administration départementale.

» Et l'on conviendra, du moins, que, dans cette manière d'interpréter la loi du 29 fructidor an 2, il n'y a rien que de naturel, rien que de conforme à la saine raison; ce qui suffit pour garantir l'arrêt attaqué, du reproche d'avoir violé cette loi, et par conséquent pour rejeter le premier moyen de cassation du demandeur.

» Car c'est bien vainement qu'à l'appui de ce moyen, le demandeur vient vous dire qu'à tout prendre, il n'a pas pu être représenté dans le jugement du 2 messidor an 3, par une administration qui n'était pas celle du département où il était domicilié à l'époque de son inscription sur la liste des émigrés; que, domicilié dans le département de la Seine-Inférieure, il ne pourrait être censé avoir été partie dans ce jugement, qu'autant que l'administration du département de la Seine-Inférieure y eût figuré pour lui.

» Qui est-ce qui ne sait pas que, pour la poursuite des droits successifs à exercer du chef d'émigrés, il n'y a jamais eu de compétente que l'administration du département dans lequel ces droits étaient ouverts, c'est-à-dire, du département dans lequel avait eu son domicile celui à qui il s'agissait de succéder?

» Il en est sans doute de la poursuite comme du partage. Or, lorsqu'un parent d'émigré venait à mourir, à quelle administration appartenait-il de procéder au partage des biens qu'il laissait en divers départemens? Ce droit n'appartenait, suivant l'art. 120 de la loi du 1er floréal an 3, qu'à l'administration *du domicile du parent d'émigré décédé*. C'est donc aussi et nécessairement à cette administration qu'appartenait le droit de poursuivre et de soutenir en justice toutes les actions qui devaient précéder le partage, et avaient pour objet d'en déterminer les bases.

» Pour second moyen, le demandeur vous dit que l'action de la demoiselle Laroche, sur laquelle a été rendu le jugement du 2 messidor an 3, n'avait pas été précédée de la remise d'un mémoire au bureau du domaine national, et qu'en tenant ce jugement pour valable, en refusant d'en prononcer la nullité, la cour d'appel de Paris a violé l'art. 15 du tit. 3 de la loi du 5 novembre 1790.

» Mais ici se présentent deux questions:

» Dans le fait, le mémoire qui devait être remis au bureau du domaine national, comme faisant fonctions d'administration de département, préalablement à toute action de la part de la demoiselle Laroche, lui a-t-il ou ne lui a-t-il pas été remis effectivement?

» Dans le droit, en supposant que ce mémoire n'ait pas été remis au bureau du domaine national, quelle a dû être la conséquence de cette irrégularité?

» Sur la première question, la cour d'appel de Paris a jugé que la *présentation du mémoire est suffisamment justifiée par l'énonciation qui ressort des pièces de la procédure*; et l'on

a beau dire qu'à cet égard, elle a mal jugé, les erreurs de fait échappent, par la nature même des choses, à votre censure. Ce n'est point pour réformer les erreurs de fait que la cour de cassation a été créée, elle n'a été créée que pour venger la loi des atteintes qui peuvent lui être portées directement par des jugemens en dernier ressort.

» Inutile, d'après cela, de nous expliquer sur la seconde question. Cependant, nous dirons que, quand même la cour d'appel de Paris n'aurait pas jugé, en fait, que la demoiselle Laroche, avant de se pourvoir contre le bureau du domaine national, lui avait remis le mémoire prescrit par la loi du 5 novembre 1790, on n'en serait pas mieux fondé à critiquer la partie de son arrêt dans laquelle il est établi que le jugement du 2 messidor an 3, quoique susceptible d'être annulé dans le cas où il eût été rendu en contravention à cette loi, ne laisserait pas d'avoir aujourd'hui toute l'autorité de la chose souverainement jugée, parcequ'il n'a pas été attaqué dans le délai fatal.

» En effet, tout ce qui résulte de l'art. 15 du tit. 3 de la loi du 5 novembre 1790, c'est que les jugemens rendus avec les corps administratifs, sans remise préalable d'un mémoire, peuvent être annulés par les tribunaux d'appel, s'ils ont été rendus en première instance, et cassés par la cour de cassation, s'ils ont été rendus en dernier ressort. Où le demandeur a-t-il pris qu'à défaut de cette formalité, de pareils jugemens sont, de plein droit, considérés comme non avenus? Aucune loi ne l'a dit, et il n'y aurait qu'une loi bien positive qui pût conférer au domaine public, un privilége aussi exorbitant. Le domaine public est soumis, quant au mode d'annullation des jugemens qui lui portent préjudice, aux mêmes délais, aux mêmes formes que les particuliers; et de même qu'un particulier ne pourrait pas, sans appel ou recours en cassation, faire annuler un jugement rendu contre lui sans citation préalable en conciliation, de même aussi le domaine public n'a que la voie d'appel ou de recours en cassation, pour faire annuler un jugement rendu à son désavantage, sans remise préalable du mémoire dont parle la loi du 5 novembre 1790.

» Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que, par le seul effet du défaut de remise préalable de ce mémoire, les tribunaux pussent être réputés non saisis de l'affaire dans laquelle l'administration est partie devant eux : il faudrait que la loi, par sa toute-puissance, anéantît et la citation, et l'instance, et tout ce qui peut s'ensuivre. Or, voulons-nous une preuve sans réplique, que tel n'est pas l'effet de l'inobservation de l'art. 15 du tit. 3 de la loi du 5 novembre 1790? Nous la trouverons dans les décrets qui ont proscrit les arrêtés par lesquels des préfets avaient élevé des conflits contre les tribunaux saisis d'affaires domaniales ou réputées telles, sous le prétexte qu'il n'avait pas été remis préalablement de mémoires à l'autorité administrative.

» Ces décrets sont en très-grand nombre. Voici le dernier, qui a été rendu le 19 octobre 1808 :

» *Sur le rapport de notre grand-juge ministre de la justice ;*

» *Vu le jugement rendu le 28 novembre 1807, par le juge de paix du canton ouest de la ville de Dunkerque qui rétablit le sieur Hendericksen, dans la possession d'un passage d'eaux, contre les administrateurs de l'hospice de ladite ville ;*

» *Vu l'arrêté du préfet du département du Nord, du 26 mars 1808, qui élève le conflit d'attributions, sur le motif que les formalités préalables de recours à l'autorité administrative, avaient été omises ;*

» *Vu l'avis de notre commission du contentieux ;*

» *Considérant que l'omission desdites formalités peut bien entraîner l'annullation,* PAR LES VOIES ORDINAIRES, *des jugemens et des poursuites judiciaires intervenus avant leur accomplissement ; mais que l'objet dela contestation étant une question de propriété, cette question est toujours du ressort des tribunaux ; notre conseil d'état entendu, nous avons décreté et décrétons ce qui suit :*

» *Art. 1. L'arrêté du 26 mars 1808, par lequel le préfet du département du Nord élève un conflit d'attributions dans la contestation entre le sieur Hendericksen et les administrateurs de l'hospice civil de Dunkerque, est annulé.*

» *2. Notre grand juge, ministre de la justice, et notre ministre de l'intérieur sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret.*

» Ce n'est donc que par *les voies ordinaires*, c'est-à-dire, par appel ou par demande en cassation que le jugement du 2 messidor an 3 aurait pu être attaqué, sur le fondement réel ou supposé, que la citation donnée au bureau du domaine national, par la demoiselle Laroche, n'avait pas été précédée de la remise d'un mémoire. Or, ce jugement a été signifié, dès le 8 du même mois, au bureau du domaine national; et le même jour, le bureau du domaine national a visé l'original de l'exploit de la signification qui lui en avait été faite. Depuis, aucune espèce de

recours n'a été formée contre ce jugement, soit de la part du bureau du domaine national, soit de la part de toute autre autorité qui aurait pu être ou se croire chargée de défendre en justice les intérêts du gouvernement. Ce jugement a donc acquis, contre le gouvernement, toute la force de la chose jugée; et cette force qu'il a contre le gouvernement, il faut bien qu'il l'ait aussi contre les ex-émigrés qui se présentent comme successeurs du gouvernement lui-même.

» Par là, tombe à l'avance le troisième moyen de cassation du demandeur, c'est-à-dire, le moyen par lequel on cherche à établir qu'en décidant que le gouvernement n'a pas transmis aux ex-émigrés le droit qu'il pouvait avoir d'exciper de l'omission des formes administratives, dans les affaires où il les a représentés, la cour d'appel de Paris a violé les art. 15, 16 et 17 du sénatus-consulte du 6 floréal an 10. Il nous serait aisé de démontrer que, bien loin de violer ces articles, elle s'est, en raisonnant ainsi, parfaitement accordée avec leur esprit comme avec leur texte, mais ce serait nous livrer à des détails superflus, puisqu'il est bien constant qu'à l'époque où a paru le sénatus-consulte dont ces articles font partie, le gouvernement ne pouvait plus exciper contre le jugement du 2 messidor an 3, de la prétendue omission des formes administratives dont il s'agit.

» Les quatrième et cinquième moyens tendent à prouver deux choses : l'une, qu'en décidant que le bureau du domaine national avait figuré dans le jugement du 2 messidor an 3, comme représentant les héritiers maternels, ni plus ni moins que les héritiers paternels, la cour d'appel de Paris a entrepris sur le droit exclusif qu'avait l'administration d'interpréter ses propres actes; l'autre, qu'en refusant d'appliquer au demandeur l'effet de la réserve contenue dans le jugement du 2 messidor an 3, *des droits que peuvent avoir les prétendans à la Succession maternelle*, la même cour a contrevenu à l'autorité de la chose jugée, et fait une fausse application des lois des 25 brumaire an 3 et 12 ventôse an 8.

» Mais 1° s'il est vrai qu'à l'autorité administrative seule appartient le droit d'interpréter ses actes d'administration, il est vrai aussi que les tribunaux sont seuls compétens pour interpréter les actes judiciaires que l'autorité administrative fait devant eux; et certainement c'est comme actes judiciaires que l'on doit considérer les qualités prises par l'autorité administrative dans les instances où elle se rend partie; et qui ne voit que, s'il en était autrement, l'autorité administrative pourrait se jouer à son gré des jugemens les plus clairs, en restreindre arbitrairement les dispositions, en neutraliser tous les effets?

» 2° En refusant d'appliquer au demandeur le bénéfice de la réserve contenue dans le jugement du 2 messidor an 3, non seulement la cour d'appel de Paris n'a pas enfreint l'autorité de la chose jugée, mais elle l'a religieusement respectée; et c'est une vérité que quelques développemens vont mettre dans le plus grand jour.

» Le bureau du domaine national était cité par la demoiselle Laroche, en sa qualité de tutrice de son enfant mineur.

» Il était cité, non comme représentant les émigrés qui pouvaient se prétendre héritiers paternels, non comme représentant les émigrés qui pouvaient se prétendre héritiers maternels, mais purement et simplement, et par conséquent avec la qualité générale et commune aux deux lignes, que le gouvernement avait prise dans l'inventaire, de *stipulant les intérêts de la république du chef des émigrés qui pouvaient être appelés à la Succession.*

» Et il était cité, non pour voir dire que le mineur Laroche serait reconnu héritier de la seule ligne paternelle, mais pour voir dire que le mineur Laroche serait reconnu fils naturel d'un frère germain du défunt, et par suite saisi de toute sa Succession sans distinction de ligne.

» Ceci mérite une grande attention, et va nous donner la clef de la réserve qui modifie le jugement du 2 messidor an 3, réserve que ni le tribunal de première instance, ni la cour d'appel de Paris ne nous paraissent avoir bien entendue.

» D'après la loi du 17 nivôse an 2, vous le savez, la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou devait être partagée en deux lignes : elle devait être déférée, moitié aux parens de la ligne du père, et moitié aux parens de la ligne de la mère du défunt. Mais s'il se trouvait un parent qui appartînt au défunt du côté de son père, comme du côté de sa mère, et qui, d'un côté comme de l'autre, fût le plus prochain de tous, il n'y avait point de partage à faire : ce parent, héritier dans les deux lignes, devait réunir dans sa main tous les droits de l'une et de l'autre.

» Or, telle était précisément, en combinant la loi du 17 nivôse an 2 avec celle du 12 brumaire précédent, entendue dans le sens qu'on lui donnait alors et qu'a adopté le jugement du 2 messidor an 3, telle était précisément, disons-nous, la position du

mineur Laroche. Fils naturel d'un frère germain du défunt, il était son plus proche parent dans la ligne maternelle comme dans la ligne paternelle; et à ce titre, il ne devait, il ne pouvait pas avoir de concurrent : tout lui était dévolu.

» Aussi le jugement du 2 messidor an 3 le déclare-t-il héritier universel de René-Ange-Augustin de Maupeou; aussi l'envoie-t-il en possession de tous les biens, sans distinction de ligne; aussi, par là, exclud-il la république de tous les droits qu'elle eût pu exercer sur la Succession du chef des émigrés maternels, comme du chef des émigrés paternels.

» Que signifie donc la réserve qui termine ce jugement, *sans entendre préjudicier aux droits que peuvent avoir les prétendans à la Succession maternelle?*

» Signifie-t-elle que les prétendans à la succession maternelle, conservent le droit de contester l'état du mineur Laroche, et de faire juger qu'il n'est point neveu naturel du défunt? Non assurément. Un pareil droit n'avait pas besoin d'être réservé : il était la conséquence nécessaire, et de la circonstance que les parens maternels n'étaient point parties dans le jugement, et de la maxime, *res inter alios judicata aliis obesse non potest.* Ce qui prouve d'ailleurs invinciblement que tel n'est point le sens de la réserve, c'est qu'elle porte uniquement sur les droits des parens maternels à la partie de la Succession qui est affectée à leur ligne, c'est qu'elle n'a d'autre objet que de laisser aux parens maternels une voie ouverte pour réclamer cette partie de la Succession; c'est qu'elle laisse intact l'état que le jugement vient d'assurer au mineur Laroche, et ne laisse d'incertitude que sur le plus ou le moins que celui-ci doit prendre dans les biens de son oncle naturel.

» Et de là il suit évidemment que la réserve n'est qu'hypothétique; qu'elle est subordonnée à la supposition que, parmi les parens maternels, il s'en trouvera qui, soit par eux-mêmes, soit par ceux qu'ils représentent, seront au même degré de parenté que le mineur Laroche; et que, cette supposition manquant, les parens maternels ne pourront rien prétendre, parceque le mineur Laroche, parent comme eux du défunt, du côté de la mère du défunt même, et ayant sur eux l'avantage de la proximité, les exclura des biens de la ligne maternelle, comme des biens de la ligne paternelle.

» Comment donc le demandeur peut-il soutenir ici qu'en refusant de lui appliquer le bénéfice de cette réserve, la cour d'appel de Paris a contrevenu à l'autorité de la chose jugée?

» Cette réserve n'aurait pu profiter au demandeur, abstraction faite de son inscription sur la liste des émigrés à l'époque de l'ouverture de la Succession, qu'autant qu'il eût été parent du défunt au degré de neveu; et il ne l'était bien constamment qu'au degré de cousin.

» Dira-t-on que les demoiselles de Boniface, les sieurs Anjorrant et d'autres parens maternels du même degré que le demandeur, sont parvenus, nonobstant l'avantage de la proximité qu'avait sur eux le mineur Laroche, à se faire délivrer, comme héritiers maternels, la moitié de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou?

» Oui, ils y sont parvenus, mais à quel titre? En vertu de la réserve qui termine le jugement du 2 messidor an 3? Non : ils n'ont pu y parvenir, et ils n'y sont parvenus en effet, que par une transaction, c'est-à-dire, par l'abandon que le mineur Laroche leur a fait de ses droits à la partie de la Succession qui était affectée à la ligne maternelle et dont ils lui ont payé le prix par le désistement de leur réclamation contre sa qualité de neveu naturel du défunt.

» Dès-là nul argument à tirer pour le demandeur, de l'admission de ses sœurs, des sieurs Anjorrant et des autres parens maternels républicoles, à la moitié de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou. Le demandeur n'aurait pu y être admis, comme eux, après son élimination de la liste des émigrés, qu'en faisant juger que le mineur Laroche n'avait point la qualité de neveu naturel, que lui avait reconnue le jugement du 2 messidor an 3; et assurément il n'était point recevable à élever une pareille question.

» Sans doute, ses sœurs et les sieurs Anjorrant avaient pu élever cette question; sans doute, après et nonobstant le jugement du 2 messidor an 3, dans lequel ils n'étaient point parties, ils avaient pu soutenir que le mineur Laroche n'était point neveu naturel de René-Ange-Augustin de Maupeou, et c'est parcequ'ils l'avaient pu, c'est pour obtenir le désistement de ce procès, que, par la transaction du 4 frimaire an 7, le mineur leur a abandonné la moitié des biens dont le jugement du 2 messidor an 3 l'avait déclaré légalement saisi.

» Mais le demandeur était, à cet égard, dans une position bien différente. Lorsqu'il a renouvelé, par son exploit du 22 nivôse an 13, la tierce-opposition que les sieurs Anjorrant avaient formée en l'an 4, au jugement du 2 messidor an 3, il ne pouvait pas dire, comme eux, que ce jugement fût pour

lui *res inter alios* : réduit par son brevet d'amnistie, à la qualité de successeur, d'ayant-cause de la république, il ne pouvait pas dénier à ce jugement une autorité que la république n'aurait pas pu lui contester ; il ne pouvait pas prendre contre ce jugement une voie qui était fermée à la république.

» Or, la république, qui, dans la cause sur laquelle était intervenu le jugement du 2 messidor an 3, avait plaidé avec la qualité générale et indéfinie de représentant des héritiers émigrés, n'aurait certainement pas pu, après avoir laissé passer ce jugement en chose jugée, venir, comme représentant des émigrés de la ligne maternelle, ressusciter, sur l'état du mineur Laroche, une question qui avait été décidée contradictoirement avec elle et à son désavantage. Elle n'aurait pas pu dire au mineur Laroche : J'ignorais, lorsque *j'ai contesté votre état de neveu naturel du défunt, que j'eusse des droits à la Succession du chef des parens maternels ; je croyais n'y avoir de droit que du chef des parens du côté du père. Ce n'est donc que comme représentant des parens paternels, que j'ai plaidé ; ce n'est donc que comme représentant des parens paternels que j'ai succombé. J'ai donc, comme représentant des parens maternels, conservé mon action dans sa parfaite intégrité. Rentrons donc en lice, et répondez, si vous le pouvez, aux moyens que j'ai à faire valoir en ma nouvelle qualité contre votre prétention aux titres et aux droits de neveu naturel du défunt.*

» Et certes, si la république eût tenu un pareil langage, le mineur Laroche lui aurait répondu victorieusement : *En plaidant contre moi sans déclarer que vous ne le faisiez que comme représentant des parens paternels, vous avez consommé tous vos droits. Vous avez fait ce qu'aurait pu faire à votre place un frère germain que le défunt eût laissé : appelé par la loi à succéder dans les deux lignes, vainement viendrait-il, après le jugement qui aurait reconnu mon état, prétendre qu'il ne l'avait contesté que comme héritier de la ligne paternelle, et, sous ce prétexte, renouveler, comme héritier de la ligne maternelle, la question qui, par ce jugement, aurait été décidée contre lui. Certainement il ne serait pas écouté ; certainement on ne l'admettrait pas à restreindre ainsi après coup, la qualité en laquelle il aurait plaidé et succombé. Eh ! Comment cette fin de non-recevoir pourrait-elle ne pas militer contre vous avec la même force qu'elle militerait contre lui ? Serait-ce parceque vous ignoriez, lors du jugement, que vous aviez des droits du chef des parens maternels ? Mais la preuve que vous ne l'ignoriez pas, c'est que vous n'avez pas dit, avant le jugement, un seul mot qui pût faire soupçonner que vous entendiez ne stipuler que les droits des parens paternels ; c'est que vous vous êtes exprimé en termes dont la généralité embrassait nécessairement les droits des parens des deux lignes. Et d'ailleurs, quand vous n'auriez plaidé que comme représentant les émigrés paternels, le jugement en serait-il moins exécutoire contre vous, comme représentant les héritiers maternels ? La qualité d'héritier paternel et la qualité d'héritier maternel ne s'excluent pas mutuellement ; et bien loin de là, elles ont, en quelque sorte, leur racine l'une dans l'autre ; ce qui est si vrai que, par cela seul que l'une est reconnue, elle emporte le droit de succéder, même dans la ligne à laquelle l'autre se réfère, au défaut de parens de cette ligne. Ainsi, n'eussiez-vous plaidé contre moi que comme représentant les émigrés paternels, si, au lieu d'un jugement favorable à ma réclamation d'état, il en était intervenu un qui l'eût proscrite, vous m'auriez repoussé, en vertu de ce jugement, de la moitié des biens affectée à la ligne maternelle, comme de la moitié des biens affectée à la ligne paternelle. Et n'est-il pas juste, le droit de réciprocité n'exige-t-il pas, que le jugement rendu en ma faveur, ait pour moi, dans les deux lignes, le même effet qu'il aurait eu à mon préjudice, s'il m'eût été contraire ?*

» Il n'y a donc, quoi qu'en dise le sieur de Boniface, ni contravention à la chose jugée, ni fausse application des lois des 25 brumaire an 3 et 14 ventôse an 8, dans la disposition de l'arrêt de la cour d'appel, qui, nonobstant la clause du jugement du 2 messidor an 3, par laquelle étaient réservés les droits des héritiers maternels, le déclare non-recevable à attaquer l'état du mineur Laroche.

» Le sieur de Boniface tirera-t-il meilleur parti de son sixième moyen, c'est-à-dire, de celui qu'il puise dans l'art. 1351 du Code civil, relatif aux conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'exception de la chose jugée ; et cet article a-t-il été violé, comme il le prétend, en ce que le jugement de Melun, du 16 nivôse an 7, qui n'avait été rendu que contre la république représentant les émigrés paternels, a été déclaré avoir l'autorité de la chose jugée contre la république représentant les émigrés maternels ?

» Cette question est déjà résolue par les détails dans lesquels nous venons d'entrer sur le 4e et le 5e moyen.

» D'une part, le jugement de Melun, du 16 nivôse an 7, n'a fait que renouveler la décision de celui du 2 messidor an 3; et sans doute, en la renouvelant, il n'a pu ni l'affaiblir ni la restreindre. Le jugement du 2 messidor an 3 avait décidé que la république était, comme représentant les parens émigrés, de quelque ligne qu'ils fussent, exclue par le mineur Laroche, de toute la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou. Le jugement du 16 nivôse an 7 a décidé que, comme représentant les émigrés paternels seulement, la république ne pouvait pas exclure le mineur Laroche de la portion paternelle de cette Succession. Et assurément, de ce que, de ces deux jugemens, le second est moins étendu que le premier dans son objet, il ne s'ensuit pas qu'il déroge au premier; il laisse donc au premier toute la latitude qui lui est propre; et dès-là, quand nous mettrions à l'écart le second, quand nous accorderions au demandeur que la cour d'appel a supposé au second une force de chose jugée qu'il n'a pas, il resterait toujours à dire que le premier a suffi pour motiver la fin de non-recevoir que la cour d'appel a jugé exister contre le demandeur.

» D'un autre côté, en fait de question d'état, ce qui est jugé contre un héririer prenant la qualité de parent paternel, l'est nécessairement contre le même héritier prenant ensuite la qualité de parent maternel. Ainsi, le jugement du 16 nivôse an 7, fût-il isolé, aurait fermé la porte à toute réclamation de la part de la république sur les biens maternels; et à combien plus forte raison a-t-il dû imposer silence au demandeur, alors qu'il se présentait contre le demandeur, non isolé, non réduit à ses propres élémens, mais précédé et soutenu par le jugement du 2 messidor an 3!

» Nous arrivons au septième moyen, qui consiste, comme vous vous le rappelez, à dire qu'en donnant aux jugemens rendus en faveur des bâtards adultérins, les 26 fructidor an 3 et 25 floréal an 4, l'effet de la chose jugée contre les émigrés de la ligne maternelle, la cour d'appel de Paris a tout à la fois fait une fausse application de l'art. 1350, et violé l'art. 1356 du Code civil; qu'elle a fait une fausse application de l'art. 1350, puisque, dans les qualités des jugemens dont il s'agit, le bureau du domaine national ne figure que comme représentant la ligne paternelle du défunt; et qu'elle a violé l'art. 1356, puisque les bâtards adultérins eux-mêmes avaient avoué, dans la transaction du 7 floréal an 8, que la seule ligne paternelle du défunt avait été représentée dans ces jugemens par le bureau du domaine national.

» Nous n'examinerons pas quelle pourrait être la valeur de ce moyen, si le sieur de Boniface n'avait eu à combattre devant le tribunal de première instance et la cour d'appel de Paris, que les deux jugemens obtenus par les bâtards adultérins, les 26 fructidor an 3 et 25 floréal an 4, tant contre le mineur Laroche, que contre le bureau du domaine national. Mais nous dirons que le sieur de Boniface était non-recevable à combattre ces deux jugemens, par la seule raison que subsistait celui du 2 messidor an 3, qui avait déclaré le mineur Laroche neveu naturel du défunt et son héritier universel dans les deux lignes; et cela est d'une évidence palpable.

» Lorsqu'a été rendu le premier de ces deux jugemens, le 26 fructidor an 3, la république n'avait plus aucun droit dans la Succession: le jugement du 2 messidor précédent l'en avait entièrement évincée, et en avait investi le mineur Laroche. Ce n'est donc pas à la république, c'est au mineur Laroche seul, qu'ont préjudicié le jugement du 26 fructidor an 3, et celui du 2 floréal an 4, qui l'a confirmé. Et ce que nous disons de la république, il faut le dire également des parens maternels: car les parens maternels étaient exclus, comme la république, par le mineur Laroche; le mineur Laroche, en qualité de neveu dans les deux lignes, excluait tous les autres collatéraux.

» Vainement donc le sieur Boniface vient-il objecter aux deux bâtards adultérins, qu'ils ne devaient obtenir aucune part dans la Succession: que vous importe, peuvent-ils lui répondre? La part que nous avons obtenue, a été prise sur des biens auxquels, dans l'état où étaient les choses à l'époque du jugement qui nous l'a accordée, ni vous, ni la république de votre chef, ni vos prétendus co-héritiers maternels, n'aviez plus aucune espèce de droit: elle a été prise sur des biens dont l'universalité était adjugée au mineur Laroche. Le mineur Laroche aurait donc seul qualité pour attaquer les jugemens qui nous ont accordé cette part; et s'il n'y est plus recevable d'après la transaction passée entre nous et lui, à combien plus forte raison ne l'êtes-vous pas vous-même? Le mineur Laroche vous exclurait de la part qu'il a été condamné à nous délivrer; et à combien plus forte raison devons-nous vous en exclure vous-même? *Si vinco vincentem te, à fortiori te vinco.*

» Reste le huitième moyen, et un seul mot

suffit pour l'écarter : c'est que, s'il était vrai que la cour d'appel de Paris, en argumentant contre le demandeur de quelques arrêtés de l'autorité administrative, eût fait une fausse application des principes sur l'acquiescement à la chose jugée, tout ce qu'on pourrait en conclure, c'est qu'elle aurait, à des motifs parfaitement calqués sur les plus saines maximes du droit, ajouté un motif erroné ou insignifiant : c'est que, dans cette hypothèse, l'arrêt de la cour d'appel de Paris n'en serait pas moins garanti de la cassation, et par les motifs inattaquables qui y sont exprimés, et par cette grande considération sur laquelle il se tait, que le sieur de Boniface, mort civilement à l'époque de l'ouverture de la Succession de René-Ange-Augustin de Maupeou, n'a pas été rappelé à cette Succession par son brevet d'amnistie.

» Dans ces circonstances et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur et de le condamner à l'amende ».

Par arrêt du 29 décembre 1808, au rapport de M. Coffinhal.

« Considérant, sur le premier moyen, qu'il résulte des art. 1, 9 et 13 de la loi du 27 fructidor an 2, que le bureau du domaine national établi à Paris, était une distraction de l'administration du département de la Seine, et qu'en cette qualité, il avait le droit de représenter, avec la même étendue de pouvoirs, les absens et émigrés, tant dans les Successions ouvertes à leur profit, que pour l'exécution des lois des 20 mars 1793 et 10 frimaire an 2 ; et qu'en fait, le bureau du domaine national a, dans toutes les discussions relatives aux biens des absens et émigrés, agi et exercé les mêmes pouvoirs que dans les affaires auxquelles a donné lieu l'ouverture des Successions dont il s'agit ; qu'enfin, les Successions étant ouvertes à Paris, où est décédé René-Ange-Augustin de Maupeou, c'est par le bureau du domaine national de la Seine qu'a dû être représentée la partie de Berrier (le sieur de Boniface), quoiqu'inscrite sur la liste des émigrés du département de la Seine-Inférieure, où il avait son domicile avant son émigration ;

» Sur le deuxième moyen, qu'il est décidé en fait par l'arrêt attaqué, et d'après les recherches les plus scrupuleuses, que le mémoire préalable dont est question, soit en l'art. 5 de la loi du 5 novembre 1790, soit en l'art. 13 de celle du 27 mars 1791, a été présenté ; et qu'aucune de ces lois n'exige que le récépissé à délivrer au réclamant soit produit, mais qu'il soit prouvé que la formalité a été remplie, ainsi qu'on n'en peut douter dans la circonstance actuelle ; ce qui dispense d'examiner le troisième moyen, et surtout si le défaut de recours préalable à l'administration, de la part des adversaires de la partie de Berrier, profiterait à celle-ci, en ce sens que le défaut de recours préalable à l'administration produirait le même effet que si le jugement du 2 messidor an 3 n'était pas rendu avec une personne ou un agent qui eût titre et caractère pour représenter la partie de Berrier, ce qui lui permettrait d'user de la voie de la tierce-opposition ; ou si cette omission devrait être considérée autrement que comme une simple irrégularité dans l'exercice de l'action originaire des adversaires de la partie de Berrier, qui n'aurait permis de porter atteinte au jugement du 2 messidor an 3, que par la voie de la cassation, qui n'a pas été employée, et à laquelle l'administration a recouru sans succès contre celui du 16 nivôse, qui avait également consacré l'état du mineur Antoine-Charles-Victor ;

» Considérant, sur le quatrième moyen, en premier lieu, que les déclarations faites par les agens de l'autorité administrative, dans les opérations judiciaires auxquelles ils concourent ou sont appelés dans l'intérêt du gouvernement ou de ceux dont il exerce les droits, sont soumises à la juridiction des tribunaux pour en développer le sens, de même que les actes administratifs à l'autorité administrative ;

» Qu'ainsi, l'arrêt attaqué a pu et dû fixer le sens de la réserve insérée au jugement du 2 messidor an 3, dont il s'agit ;

» En deuxième lieu, qu'en déclarant que cette réserve n'était applicable qu'aux parens successibles, l'arrêt attaqué n'a pas rétracté le jugement dont les dispositions n'ont été ni changées ni altérées, mais a contraire a donné à cette réserve la seule interprétation qui pût lui convenir, n'étant ni raisonnable ni possible de l'étendre à des individus morts civilement, et que leur état et la loi excluaient de toutes Successions ;

» Considérant, sur le cinquième moyen, que les parens appelés à succéder au lieu et place des émigrés morts civilement, ont pu, quant aux biens dont la nation n'avait pas disposé, s'appliquer les dispositions des lois sur l'émigration, comme la république elle-même dans son intérêt ; que la loi du 12 ventôse an 8 a déclaré morts civilement, tous les individus inscrits sur les listes d'émigrés, non encore rayés définitivement, sans aucune exception ; et que ceux rayés provisoirement

avant cette loi, rayés définitivement, éliminés ou amnistiés depuis, sont assimilés les uns aux autres, par conséquent considérés comme vrais émigrés, et comme n'ayant cessé de l'être que par la clémence du gouvernement; que la partie de Berrier n'a jamais obtenu de radiation définitive, mais une simple amnistie en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10; qu'ainsi, la loi du 12 ventôse an 8 lui est incontestablement applicable;

» Considérant, sur le sixième moyen, que le jugement du 16 nivôse de l'an 7 avait été, à la vérité, précédé d'une transaction non rendue publique jusqu'alors; mais qu'elle était étrangère à l'administration, partie dans le jugement; qu'elle l'a même attaqué par la voie de la cassation; qu'ainsi, l'autorité de la chose jugée lui a été attribuée légitimement;

» Considérant, sur le septième moyen, que les jugemens rendus en faveur des enfans nés hors mariage de René-Augustin-Maupeou, ont également acquis l'autorité de la chose jugée contre la ligne maternelle, soit d'après la qualité indéfinie de représentans des absens ou émigrés qui pouvaient avoir droit à la Succession, prise par l'agent de l'administration dans l'inventaire fait après son décès et dans les qualités du jugement du 2 messidor an 3, soit d'après l'explication justement donnée à la réserve insérée dans le jugement;

» Que ces jugemens ont d'ailleurs été soumis à toutes les épreuves judiciaires, et rendus d'après les formes prescrites par les lois; ce qui les met hors de toute atteinte;

» Considérant enfin, sur le huitième et dernier moyen, que les actes par lesquels l'autorité administrative a effectué les levées de séquestres et le dessaisissement des biens aux personnes qui y avaient droit en vertu des jugemens, ont pu être considérés comme un acquiescement suffisant, puisqu'ils étaient le résultat d'une délibération de l'administration;

» Qu'enfin, l'action du sieur de Boniface est d'autant plus non-recevable et destituée de tout fondement, que la Succession dont il s'agit, s'est ouverte pendant son émigration, et qu'il ne pourrait la réclamer, lors même que les choses seraient entières, qu'autant qu'il aurait été rétabli par l'autorité administrative dans la qualité d'héritier, rétablissement qu'il n'a obtenu ni pu obtenir, puisque l'administration avait délaissé les biens, soit aux parens maternels républicoles en vertu de la transaction qui leur en déférait une portion, soit aux enfans naturels des deux frères, en vertu des décisions des tribunaux; ce qui aurait dû suffire pour écarter toutes les prétentions du sieur de Boniface, sans qu'il fût besoin de se livrer à d'autre et plus ample discussion;

» La cour déboute la partie de Berrier de sa demande en cassation.... ».

V. 1° Les émigrés amnistiés ont-ils pu, avant la restauration de 1814, succéder à ceux de leurs ascendans qui étaient morts postérieurement à leur amnistie?

2° L'ont-il pu, lorsque, pendant leur émigration, leurs ascendans avaient fait, avec le gouvernement, un partage de *pré-Succession* (1), en rapportant à leurs co-héritiers la valeur de ce qui était tombé, par ce partage, dans le lot de l'État?

3° Est-ce à l'autorité administrative ou au pouvoir judiciaire qu'appartient la connaissance de ces questions?

Le 13 messidor an 8, la veuve Dupasquier-Dommartin, mère d'un émigré, fait avec le gouvernement un partage de pré-Succession. Par ce partage, le lot de l'État est évalué à 29,170 francs 9 centimes; et l'État accepte, à compte de cette somme, la quittance que la mère lui offre d'une rente viagère au capital de 12,000 francs, qu'elle a sur le trésor public.

Trois ans après, le fils de cette veuve obtient un brevet d'amnistie, en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10; et il meurt avant sa mère, laissant deux fils en bas âge.

Le 4 mai 1809, la mère meurt, laissant pour héritiers les deux petits-fils nés de son fils amnistié, et une fille, mariée au sieur Couet-Duvivier.

La dame Couet-Duvivier refusant d'admettre au partage de la Succession de sa mère, les deux enfans de son frère amnistié, la veuve Dommartin, mère et tutrice de ceux-ci, la fait assigner en justice pour l'y faire condamner, sous l'offre qu'elle fait de lui laisser prélever une somme égale à celle qui est échue à l'État par le partage de pré-Succession.

La dame Couet-Duvivier décline l'autorité judiciaire, et demande son renvoi devant l'autorité administrative; elle soutient d'ailleurs subsidiairement que, par le partage de pré-Succession du 13 messidor an 8, l'État a consommé et épuisé tous les droits de son frère sur les biens de la mère commune; qu'ainsi, ni son frère, ni ses enfans qui le représentent, n'y peuvent plus rien prétendre.

---

(1) *V.* l'article *Pré Succession.*

Le 15 février 1810, jugement qui rejette le déclinatoire, et statuant au fond, ordonne que les enfans de la veuve Dommartin seront admis au partage de la Succession de leur aïeule, sous l'offre de leur mère et tutrice de laisser prélever à la dame Couet-Duvivier la valeur du lot échu à l'État par le partage de pré-Succession.

Appel; et le 5 juillet suivant, arrêt de la cour de Metz qui confirme le jugement.

La dame Couet-Duvivier dénonce cet arrêt au préfet du département de la Moselle, et conclud à ce qu'il élève un conflit.

Le préfet s'y refuse; appel de son refus au conseil d'état.

Le 29 décembre 1810, décret ainsi conçu :

« Sur le rapport de notre commission du contentieux;

» Vu la réclamation du sieur Couet-Duvivier et de Françoise-Cécile Dupasquier-Dommartin, son épouse, contre un arrêté du préfet de la Moselle, du 10 avril 1810, qui a rejeté leur demande tendante à ce qu'il fût élevé conflit d'attribution à raison d'un jugement du tribunal de première instance du département de la Moselle, du 15 février 1810, rendu sur le débat élevé entre eux et la dame de Blair, veuve de Michel-Ignace Dupasquier-Fontenoy, émigré amnistié, et tutrice de Claude-Amour-Alphonse Dupasquier, leur fils mineur, réclamant, à ces titres, leur part dans la Succession de dame Thérèse-Cécile Pothier, veuve Dupasquier-Dommartin-Fontenoy, aïeule dudit mineur, décédée le 4 mars 1809;

» Ladite réclamation ayant pour objet l'annullation de l'arrêté du préfet, et le renvoi de la cause devant le conseil de préfecture de la Moselle;

» L'arrêté dudit jour 10 avril 1810;

» Celui du préfet de la Seine, du 13 messidor an 8, contenant, 1° le partage de la pré-Succession de la dame Pothier, veuve Fontenoy, avec l'État représentant son fils, émigré, père du mineur Dupasquier, et l'abandon au domaine de biens en nature, estimés par le partage, 29,170 francs 9 centimes; 2° la réserve au profit de l'État, de son droit au tiers de ce qui reviendra à ladite veuve Fontenoy dans les biens et capitaux laissés en commun, par un partage fait à la préfecture de la Moselle, le 23 fructidor an 6, de la Succession ouverte en l'an 5, de Pierre-Michel Pothier;

» Le jugement du tribunal de première instance, du 15 février 1810, qui reconnaît la dame de Blair, veuve Dupasquier, ainsi que son fils mineur, héritiers, pour la moitié, de ladite veuve Fontenoy, sauf l'imputation sur leur part, suivant leurs offres, de 29,170 francs 9 centimes.

» L'arrêt de la cour d'appel du 1er juin 1810, qui donne acte au sieur et dame Couet de leur déclaration, qu'ils n'entendent pas contester la compétence de la cour;

» Autre arrêt de la même cour, du 5 juillet suivant, confirmatif du jugement de première instance; ensemble toutes les autres pièces produites;

» Considérant que la loi du 9 floréal an 3, en exigeant des ascendans d'émigrés un partage de pré-Succession, n'a eu d'autre objet que de procurer à l'État une indemnité des frais de guerre; et qu'au moyen de l'abandon à lui fait des portions desdits émigrés dans cette Succession fictive, l'État, aux termes des art. 18 et 25 de la même loi, a complètement renoncé, tant aux Successions qui pourraient échoir à l'avenir aux ascendans et aux émigrés, qu'à la Succession naturelle des ascendans eux-mêmes; qu'il résulte clairement de toutes les dispositions de cette loi, que lesdits émigrés étaient alors considérés comme devant être à perpétuité frappés de mort civile; mais que leur radiation ou leur amnistie a introduit, à leur égard, un nouvel état de choses, par lequel, si, d'un côté, il leur est interdit de rien répéter de ce qui a été, à raison de leur absence, attribué soit à l'État, soit à des tiers; d'un autre côté, ils ont été réintégrés dans ceux de leurs biens non vendus, cédés ou réservés, de même que dans la jouissance de tous leurs droits civils; qu'ainsi, on ne pourrait, sans contradiction, les considérer comme incapables de recueillir les Successions tant directes que collatérales, ouvertes depuis cette réintégration;

» Considérant en outre, qu'aux termes de l'avis de notre conseil-d'état, du 25 fructidor an 13, les débats qui peuvent s'élever à raison desdites Successions entre les rayés ou amnistiés et leurs co-héritiers, sont de la compétence des tribunaux; mais que, dans le partage des Successions directes, chacun des co-héritiers régnicoles doit d'abord prélever une portion absolument égale à celle dont l'État a profité du chef des rayés ou amnistiés, dans le partage de pré-Succession; qu'ainsi, pour arriver à cette parfaite égalité, il faut, ou se régler sur l'estimation suivie dans le partage de pré-Succession, ou soumettre tous les biens, y compris le lot de l'État, à une nouvelle appréciation qui en détermine l'exacte valeur, soit en nature, soit en argent;

» Considérant, enfin, que si, dans l'affaire

particulière, d'un côté, il a été reconnu par les jugement et arrêt des 15 février et 5 juillet 1810, qu'il ne devait être porté aucune atteinte au partage de pré-Succession; de l'autre, on pourrait induire de la disposition qui n'oblige ladite dame Blair, veuve Dupasquier, et son fils, qu'au rapport d'une somme mobilière, que le but de la loi n'est pas suffisamment rempli;

» Notre conseil-d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

» Art. 1er. L'arrêté du préfet de la Moselle, du 10 avril 1810, qui a refusé d'élever le conflit, est confirmé.

» 2. Les jugement et arrêt des 15 février et 5 juillet 1810 auront leur effet de la manière suivante. Il sera, avant partage, prélevé par ladite dame Couet-Duvivier, sur la masse de la Succession maternelle de ladite veuve Fontenoy, une portion de biens d'une valeur équivalente à celle du lot obtenu à l'État, le tout conformément aux règles ci-dessus indiquées.

» 3. La réserve au profit de l'État, dans le partage du 13 messidor an 8, aura son exécution ».

V. encore l'arrêt de la cour de cassation du 15 avril 1812, qui est cité dans le plaidoyer du 15 juin de la même année, rapporté aux mots *Pouvoir judiciaire*, §. 2, n° 7 *bis*.

VI. Lorsque, par un partage de pré-Succession, le père d'un émigré a fait remise à l'État d'une rente viagère qu'il avait sur le trésor public, l'émigré amnistié qui vient à la Succession de son père, mort depuis son amnistie, doit-il rapporter à ses co-héritiers le capital de cette rente viagère?

Cette question s'est élevée à la suite du décret du 29 décembre 1810, transcrit dans le n° précédent.

On se rappelle que la veuve Dupasquier-Dommartin avait abandonné au gouvernement, par le partage de pré-Succession qu'elle avait fait le 13 messidor an 8, une rente viagère au capital de 12,000 livres, à compte de la somme de 29,170 francs 9 centimes, qui formait le lot de l'État exerçant, par anticipation, les droits de son fils émigré; et que le décret du 29 décembre 1810 avait ordonné que la dame Couet-Duvivier prélèverait sur la Succession de la veuve Dupasquier-Dommartin, sa mère, une somme égale à la valeur de ce lot.

En conséquence, il s'est agi de savoir si la dame Couet-Duvivier devait prélever la somme entière de 29,170 francs 9 centimes, ou si l'on devait distraire de cette somme le capital de la rente viagère; en sorte que le prélèvement fût réduit à 17,170 francs 9 centimes.

De ces deux partis, la tutrice des enfans mineurs de l'émigré amnistié soutenait le second; et elle se fondait sur l'extinction qui avait été faite du capital de la rente viagère par le contrat même qui l'avait constituée, ou du moins par la mort de la veuve Dupasquier-Dommartin. Elle ajoutait subsidiairement que, dans le cas où ses enfans devraient le rapport de ce capital, ils ne le devraient que pour un tiers, les rentes viagères dues par l'État ayant été réduites à ce taux par la loi du 9 vendémiaire an 6.

Le 26 mars 1811, arrêt de la cour d'appel de Metz, qui ordonne que le capital de la rente viagère sera distrait de la somme à prélever par la dame Couet-Duvivier, « attendu que, soit comme capital éteint par » le décès de la mère commune, et n'existant » point dans la Succession à partager, soit » comme arrérages non sujets à rapport, la » rente dont il s'agit, ne doit, ni pour le » principal, ni pour les arrérages, faire partie » du prélèvement ».

Mais la dame Couet-Duvivier se pourvoit en cassation, et par arrêt du 27 octobre 1812, au rapport de M. Babille,

« Vu le décret du 29 décembre 1810;

» Et attendu qu'il résulte évidemment des termes de ce décret, qu'il devait être accordé aux demandeurs, sur la Succession de la mère commune, un prélèvement d'une portion de biens équivalente à celle du lot échu à l'État; et qu'en déniant, par son arrêt, tout prélèvement pour raison de la rente viagère dont il s'agit, soit que ce prélèvement dût être intégral, soit qu'il dût n'être que partiel, sur quoi la cour n'a ni à s'expliquer ni à prononcer, la cour d'appel de Metz a manifestement contrevenu à ce décret;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».]]

ART. IV. *De l'incapacité de succéder qui résulte de la qualité d'étranger.*

I. Cette incapacité dérive de la combinaison de deux principes : l'un, que les Successions sont de pur droit civil; l'autre, que les étrangers ne participent pas au droit civil des Français.

Mais il y a plusieurs nations que des traités faits entre notre gouvernement et leurs souverains, exceptent de cette rigueur.

L'article *Aubaine* contient là-dessus de grands détails; nous y ajouterons ici trois questions importantes.

II. La première est de savoir si la guerre suspend, entre les sujets des puissances belligérantes, l'effet des traités d'abolition réciproque du droit d'aubaine.

Une raison qui paraît sans réplique et qui milite pour l'affirmative, est que ces traités n'ont d'autre base que l'alliance des nations contractantes, et que le premier effet d'une guerre qui survient entre deux nations, est d'annuler les traités d'alliance qui les avaient précédemment unies. [[C'est même ce que décide, en termes exprès, l'art. 1 du décret de la Convention nationale, du 1er mars 1793; « tous traités d'alliance et de commerce existans entre l'ancien gouvernement et les puissances avec lesquelles la république est en » guerre, sont annulés ».]]

Aussi, par arrêt du parlement de Paris, du 15 mars 1747, la Succession mobilière de la demoiselle Morgan, Irlandaise, décédée en France en 1746, a été adjugée à la dame de Mehégant, sa parente, domiciliée en France, à l'exclusion du sieur Morgan, frère de la défunte, mais domicilié en Angleterre, qui en a été déclaré incapable, nonobstant l'art. 13 du traité d'Utrecht, parceque la guerre avait été déclarée aux Anglais dès le 15 mars 1744.

Il a même été décidé par un autre arrêt du 16 juillet 1668, rapporté au *Journal des audiences*, que la paix, en renouvelant les traités d'exemption du droit d'aubaine, ne leur donne aucun effet rétroactif, et n'habilite pas les étrangers à recueillir les Successions qui leur sont échues en France pendant la guerre. On s'est fondé sur le principe, qu'il faut être capable de succéder au moment où la Succession s'ouvre : *le mort saisit le vif, son héritier plus prochain et habile à lui succéder;* c'est le cri de toutes nos coutumes.

Il a cependant été rendu, depuis peu, un arrêt qui a jugé le contraire pour une Succession échue durant la guerre présente (1). Mais il ne détruit pas, il n'affaiblit pas même le principe. Des circonstances de pur fait en ont été le motif.

Le chevalier de Janssen, mort à Chaillot en 1780, était celui dont la Succession se trouvait en litige. Il était originaire de la Gueldres. Son père, après s'être établi en France, passa en Angleterre. Là, il fut décoré du titre de chevalier, puis élevé, en 1714, à la dignité de baronnet, et finit par épouser une Anglaise, dont il eut neuf enfans.

Le chevalier de Janssen, l'un deux, vint en France en 1735, y obtint des lettres de naturalité, et demeura à Chaillot jusqu'à sa mort.

A cette époque, la veuve Bladen, sa sœur, qui était restée en Angleterre, envoya en France une procuration pour faire apposer les scellés sur les effets de son frère.

Après quelques procédures dans lesquelles elle n'avait d'autre antagoniste que le procureur du roi de la chambre du domaine, des parens français, cousins-germains du défunt, se sont présentés pour la faire déclarer non-recevable et se faire adjuger la Succession.

La veuve Bladen leur a opposé l'art. 13 du traité d'Utrecht, et la déclaration de 1739, qui en ordonne l'exécution.

Les sieurs Broussard (c'était le nom des parens français) ont soutenu que le chevalier de Janssen était mort Français; que sa fixation en France et les lettres de naturalité qu'il avait obtenues du roi, lui avaient assuré tous les priviléges de l'origine française; que le traité d'Utrecht n'avait rien qui s'appliquât à la Succession des sujets du roi; que l'effet en était borné (comme l'ont jugé les arrêts des 12 août 1758 et 28 octobre 1768, dont on parlera dans l'instant) à permettre aux Anglais de succéder à d'autres Anglais morts en France; qu'ainsi, la Succession du chevalier de Janssen ne pouvait être réglée que par les lois civiles de France, qui ne reconnaissent pour successibles que les Français; qu'au surplus, quand même on considérerait le chevalier de Janssen comme mort Anglais, le traité d'Utrecht dont la veuve Bladen demandait l'exécution, ne pouvait être invoqué dans la circonstance particulière où les deux nations se trouvaient en guerre, parcequ'il est de principe que la guerre suspend l'exécution des traités.

La veuve Bladen a établi au contraire, que le chevalier de Janssen, son frère, était mort Anglais, et n'avait jamais cessé de l'être; que, né Anglais, baronnet anglais, fils d'un père qui avait fui la France pour cause de religion, son entrée en France n'aurait pu en faire un Français, qu'autant qu'il aurait juré au roi de France de lui être fidèle, et qu'il n'avait pas fait ce serment de fidélité; qu'il fallait encore qu'il renonçât solennellement aux erreurs de religion de ses pères, et qu'il ne l'avait pas fait; qu'il avait obtenu, il est vrai, des lettres de naturalité en France, mais que ces lettres, enregistrées seulement à la chambre des comptes, ne l'avaient pas été au parlement; que, par ces lettres, le roi avait fait remise du droit d'aubaine sur les immeubles de sa Suc-

(1) Ceci a été écrit en 1782.

cession que les traités auraient laissé subsister ; mais que le défaut d'enregistrement de ces lettres au parlement n'ayant pas fait du sieur Janssen un véritable citoyen français, sa Succession mobilière devait passer à ses plus proches héritiers anglais, aux termes des traités faits entre les deux nations.

A cet égard, la dame Bladen a soutenu que les circonstances de la guerre présente n'avaient pas suspendu l'exécution des traités, parcequ'il n'y avait pas eu de déclaration de guerre, point d'avertissement donné, aux termes de l'art. 2 du traité d'Utrecht, qui prévoit le cas de rupture de la paix de part et d'autre, aux Français et aux Anglais, de se retirer, dans un délai donné, chacun dans leurs pays, et d'emporter leurs effets. Aussi (a-t-elle ajouté) nonobstant la guerre, les Français ont continué de demeurer en Angleterre, et les Anglais en France, sans aucune crainte, depuis comme avant les hostilités.

La veuve Bladen a rapporté à l'appui de sa défense, une lettre écrite par M. le comte de Vergennes, ministre des affaires étrangères, à la comtesse d'Essex, Anglaise, portant que l'intention du roi était que, nonobstant la guerre, l'art. 13 du traité d'Utrecht, renouvelé par la déclaration du roi, de 1739, qui permet aux Anglais de recueillir en France les Successions mobilières de leurs parens morts en France, continuât d'être exécuté actuellement tout comme par le passé ». Sur ces moyens respectifs, arrêt du parlement de Paris, du 7 septembre 1781, sur les conclusions de M. l'avocat-général Séguier, qui adjuge à la dame Bladen la Succession mobilière du chevalier de Janssen, fait mainlevée des oppositions des sieurs Broussard, parens français, et les condamne aux dépens.

[[On peut encore citer comme preuve du principe que la guerre fait cesser l'exemption contractuelle du droit d'aubaine, l'exception que le gouvernement s'est cru obligé de faire à ce principe, par un décret du 20 décembre 1810 (qui est inséré dans le *Bulletin des Lois*), pour soustraire au droit d'aubaine les Successions des Autrichiens morts en France pendant la guerre précédente.

III. La seconde question que nous avons annoncée, est un appendice de la précédente : elle dérive de l'art. 3 de la loi du 8-13 avril 1791, qui, même indépendamment de tout traité d'abolition réciproque du droit d'aubaine, admettait les étrangers à succéder en France à leurs parens, soit étrangers soit Français ; et elle consiste à savoir si cette loi a pu, jusqu'à la publication de l'art. 11 du Code civil, être invoquée par les étrangers avec le gouvernement desquels la France était en guerre.

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée.

Le 13 frimaire an 4, Françoise Fassi meurt en France, laissant deux parens collatéraux au même degré, Antoine Fassi, républicole, et Marc-Antoine Cazarin-Béraud, Piémontais.

Le premier se met en possession de toute l'hérédité.

Le 26 floréal suivant, traité de paix entre la France et le roi de Sardaigne.

Aussitôt, Béraud vient réclamer la moitié de la Succession, et se fonde 1° sur l'art. 335 de la constitution du 5 fructidor an 3, littéralement conforme à l'art. 3 de la loi du 8-13 avril 1791 ; 2° sur l'art. 9 du traité de paix, par lequel « la république française et le roi » de Sardaigne s'engagent à donner mainlevée du séquestre de tous effets, revenus » ou biens saisis, confisqués, détenus ou vendus sur les citoyens ou sujets de l'autre » puissance, relativement à la guerre actuelle, » et à les admettre respectivement à l'exercice légal des actions ou droits qui pourraient leur appartenir ».

Antoine Fassi répond que c'est abuser de la loi du 8-13 avril 1791 et de l'art. 335 de la constitution de l'an 3, que d'appliquer aux *ennemis* ce qu'elles n'ont établi qu'en faveur des étrangers ; que l'art. 9 du traité de paix du 26 floréal an 4 ne se rapporte qu'aux propriétés appartenant, qu'aux droits acquis aux Français dans les États du roi de Sardaigne, et aux sujets du roi de Sardaigne en France ; qu'il ne s'étend pas jusqu'aux Successions échues pendant la guerre ; et que la question est tranchée en ces termes par l'art. 59 de la loi du 17 nivôse an 2 : « Toutes » les fois que les dispositions de la présente se » trouveraient tourner au profit d'étrangers » sujets des puissances avec lesquelles la république est en guerre ; elles cesseront » d'obtenir leur effet ; et les dispositions contraires, faites en faveur des républicoles » alliés ou neutres, demeurent, en ce cas, » maintenus ».

Béraud réplique que cette disposition de la loi du 17 nivôse an 2 n'est relative qu'aux avantages de l'effet rétroactif établi par cette loi et révoqué par celles des 9 floréal an 3 et 3 vendémiaire an 4.

Le 24 nivôse an 7, jugement du tribunal civil du département de l'Isère qui prononce en faveur de Béraud.

Et sur l'appel, jugement du tribunal civil du département du Mont-Blanc, du 8 floréal de la même année, qui confirme le premier.

Antoine Fassi se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 3 vendémiaire an 10, au rapport de M. Liborel,

« Attendu que la loi qui confère aux étrangers la faculté de succéder en France, n'a pas distingué les temps de paix ou de guerre; que l'art. 59 de la loi du 17 nivôse an 2 ne refuse aux étrangers en état de guerre, que la faculté de recueillir les avantages résultans de l'effet rétroactif de cette loi;

» Le tribunal rejette la demande en cassation ».]]

IV. La troisième question est de savoir si les sujets d'une domination qui n'exerce le droit d'aubaine à l'égard d'aucun peuple, mais qui admet indistinctement tous les étrangers à succéder, doivent, par le seul droit de réciprocité et sans le secours d'aucun traité particulier, être reçus en France à recueillir les Successions de leurs parens.

La négative est incontestable, et c'est un des points jugés, tant par l'arrêt du parlement de Paris, du 12 août 1758, rapporté au mot *Anglais*, que par celui du conseil, du 28 octobre 1768, qui l'a maintenu.

Le sieur et la demoiselle Howard, pour écarter l'objection que l'on tirait contre eux, de ce que le traité d'Utrecht et la déclaration de 1739 n'habilitent pas les Anglais à recueillir en France les successions mobilières des Français d'origine ou d'adoption, prouvaient, par deux certificats, que les Français succédaient à Londres aux biens mobiliers des Anglais. Ils produisaient même un extrait des registres du greffe de Cantorbéry, d'où il résultait que la demoiselle Castillon, Française de naissance, avait recueilli, en 1755, la Succession mobilière de son neveu, né et mort en Angleterre; et ils concluaient de toutes ces pièces, que les Anglais, quoique non naturalisés, devaient, par réciprocité, être admis à recueillir la Succession mobilière d'un Français.

Les sieurs de Némont et consorts ont répondu que, si les Français succédaient à Londres aux Anglais, ce n'était pas un privilége qui leur fût particulier, mais parceque le droit d'aubaine est inconnu en Angleterre, et que tous les étrangers y sont, pour ainsi dire, naturalisés par la faveur que cette nation accorde au commerce; au lieu qu'en France, le vice de pérégrinité forme un obstacle invincible à la transmission qu'un régnicole voudrait faire de sa Succession à un étranger, soit par testament, soit *ab intestat*.

Cette réponse a paru satisfaisante aux magistrats qui ont rendu l'arrêt du 12 août 1758: mais dans l'instance en cassation, le conseil a jugé à propos de discuter et d'approfondir davantage la question de savoir si l'usage dans lequel étaient les Français de succéder à Londres aux Anglais d'origine, était fondé sur le droit commun de l'Angleterre, ou s'il l'était sur un privilége qui ne fût accordé qu'à quelques nations. En conséquence, il a été arrêté qu'on ferait venir d'Angleterre, un acte de notoriété constatant que tous les étrangers (sans faire aucune mention des Français) peuvent, suivant le droit commun, y succéder à leurs parens, soit Anglais, soit étrangers.

La question a été proposée en ces termes: « On demande si un Allemand, un Italien, » un Espagnol, un Danois, un Suédois, ou » un natif d'aucune autre nation étrangère » quelconque, quoiqu'il ne soit pas né ou ne » demeure pas en Angleterre, peut hériter » des biens mobiliers d'un Anglais qui meurt » en Angleterre, également avec ses parens » Anglais au même degré de parenté. On désire qu'il soit spécifié si ce droit de Succession est fondé sur la coutume d'Angleterre, » ou sur le droit commun, ou s'il a été établi » par aucune loi ou acte du parlement, et » quelle est cette loi ou acte, et quand elle a » été faite ».

Voici les réponses qui ont été faites et données à cette question:

« Un étranger d'aucun pays a droit de partager sur les biens mobiliers d'un Anglais qui meurt en Angleterre. Cette faculté n'est établie par aucune loi de ce royaume; mais elle a été reconnue par des traités avec quelques nations en particulier. *Signé*, Grey, *attorney* (ou procureur) général.

» La loi d'Angleterre ne fait point de différence entre les natifs ou les étrangers, pour ce qui regarde les Successions aux biens mobiliers: un étranger est, par le droit commun et aucun acte du parlement, également capable de recevoir un legs fait par testament et en cas de l'*intestat*, sans égard aux lieux de leur naissance ou de leur résidence. *Signé*, Dunning, solliciteur (ou avocat) général ».

Ces réponses ont déterminé le conseil à décider que le sieur et la demoiselle Howard ne pouvaient pas se prévaloir du droit de réciprocité dont ils excipaient.

C'est sans doute par une conséquence du même principe, et parceque, sans une loi expresse, il ne peut pas y avoir lieu au droit de réciprocité en faveur des habitans d'un

pays où tous les étrangers indistinctement sont admis à succéder, que Louis XVI a cru devoir donner, le 9 novembre 1777, des lettres-patentes pour exempter les Polonais du droit d'aubaine en France; car, dans le système que le sieur et la demoiselle Howard avaient inutilement soutenu devant le parlement de Paris et le conseil, ces lettres-patentes n'auraient point été nécessaires, puisque la république de Pologne avait, par un décret de la diète de 1768, aboli le droit d'aubaine à l'égard des biens appartenant aux étrangers qui décéderaient dans les États polonais.

[[L'art. 726 du Code civil avait été rédigé dans le même esprit. Il commençait par dire qu'un *étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède en France, que dans les cas et de la manière dont un parent succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger;* et il ajoutait : *conformément aux dispositions de l'art.* 11. Or, l'art. 11 porte que *l'étranger jouit en France des mêmes droits civils que ceux accordés aux Français* PAR LES TRAITÉS DE LA NATION A LAQUELLE CET ÉTRANGER APPARTIENT. Il est donc bien clair que, pour le droit de succéder, il fallait aux étrangers, tant qu'a subsisté l'art. 726 du Code civil, un traité fait entre notre gouvernement et leur nation, et que la seule raison de réciprocité ne pouvait pas leur servir de titre.

Mais la loi du 14 juillet 1819 en a disposé autrement, et a remis en vigueur l'art. 3 de la loi du 8-13 avril 1791, rappelé ci-dessus, n° 2. *V.* les articles *Étranger*, §. 2, et *Héritier*, sect. 6, n° 3.]]

Art. V. *De la qualité de parent requise pour succéder* ab intestat.

Ce n'est pas assez, pour pouvoir succéder *ab intestat*, de n'être entaché d'aucune des qualités qui en rendent incapable; il faut encore être parent de celui dont il s'agit de recueillir la Succession.

La parenté ne produit même cet effet, qu'autant qu'elle est légitime, et qu'elle se trouve, au moins dans certains pays, à l'un des degrés dans lesquels les lois particulières ont limité le droit de succéder.

Il faut de plus qu'elle soit prouvée d'une manière authentique.

Reprenons chacun de ces trois points.

I. Le principe que la parenté légitime donne seule le droit de succéder, est développé à l'article *Bâtard*. On a rendu compte au mot *Légitime*, sect. 3, §. 1, n° 3, de l'exception qu'il souffre dans quelques coutumes de la Belgique, où il existe un droit de successibilité réciproque entre les bâtards simples et leurs mères, ainsi que leurs parens maternels.

Il faut ajouter ici, que la même exception a lieu dans le Dauphiné. « C'est (dit Salvaing, » *de l'Usage des fiefs*, chap. 66) ce qui obli» gea M. de Boneton, procureur-syndic des » trois États de s'opposer (en février 1566) » à l'enregistrement des lettres-patentes du » roi Charles IX, données à Toulouse, au » mois de mars 1565, par lesquelles il éta» blissait, en Dauphiné, le droit de bâtar» dise, comme étant contraire au droit com» mun de la province. Suivant cet usage, » la cour, procédant à la vérification de l'édit » de création du bureau des trésoriers de » France, du mois de décembre 1627, par le» quel la connaissance des matières de bâ» tardise leur était attribuée, déclara, par » son arrêt du 15 septembre 1628, qu'en ce » qui concerne la Succession des biens des » bâtards, le droit commun et coutume de » tous temps observés seraient suivis. Je l'ai » vu juger ainsi par deux arrêts, l'un du 13 » mai 1652....., l'autre du 8 juillet 1662 ».

[[Aujourd'hui, les enfans naturels succèdent à leur père et à leur mère, lorsque ceux-ci les ont reconnus légalement.

Mais ils ne succèdent, ni aux parens de leur père, ni à ceux de leur mère.

V. ci-après, sect. 2, §. 2; et l'article *Bâtard*, sect. 2.

Un enfant qui était conçu hors de mariage, au moment où s'est ouverte la Succession d'un de ses parens collatéraux, acquiert-il des droits à cette Succession, par l'effet de la légitimité dont l'investit le mariage contracté, avant sa naissance, entre son père et sa mère?

Cette question s'est présentée, avec une autre qui est indiquée sous le mot *Réversion*, sect. 3, n° 2, dans une espèce fort remarquable.

Marie Hainault, veuve de Gatien Aubert, premier du nom, domiciliée à Vauvray, arrondissement de Tours, avait deux enfans : Gatien Aubert, second du nom, marié à Marie Vaugondy, et Marie Aubert, mariée à Grégoire Rossignol.

Par acte notarié du 9 pluviôse an 8, elle fait *démission*, à ses deux enfans, *tant de ses propres que de la moitié des acquêts de la communauté avec son défunt mari.*

« Quant aux autres biens (ajoute cet acte) qui font partie de la présente démission, et même la partie des immeubles de la Succession de Gatien Aubert, qui n'auraient pas

fait partie du douaire, ils seront entretenus, cultivés, façonnés, en bon père de famille, par les démissionnaires; et la moitié de tous les fruits de toute espèce, qui croîtront sur lesdits domaines, appartiendront à ladite veuve Aubert.

» Les vendanges des vignes seront faites par les démissionnaires et à leurs frais; elles seront conduites dans le pressoir de ladite veuve Aubert; elles y seront pressurées; et le vin qui en proviendra, sera partagé à l'anche du pressoir, par moitié et égale portion, entre les démissionnaires et ladite veuve Aubert, laquelle se fournira de futailles.

» Quant aux autres fruits et grains, ils seront partagés par moitié sur le sol qui les aura produits.

» Lesdits démissionnaires fourniront chaque année, à ladite veuve Aubert, un cent de javelles, rendues à son domicile.....

» Les impositions seront payées par moitié, entre ladite veuve Aubert et les démissionnaires ».

Le 17 prairial an 13, décès de Gatien Aubert, laissant, de son mariage avec Marie Vaugondy, un enfant nommé Gatien-Louis.

Celui-ci meurt en bas âge, le 26 juillet 1807, laissant pour héritiers légitimes, conformément à l'art. 746 du Code civil, Marie Hainault, son aïeule paternelle, et Marie Vaugondy, sa mère.

Le 11 août de la même année, Marie Vaugondy épouse en secondes noces Julien Guilbert.

Le 1er janvier 1808, elle accouche d'une fille, nommée Marie-Anne, dont Julien Guilbert, son mari, se reconnaît le père.

Le 2 mars suivant, Marie Hainault, veuve de Gatien Aubert, premier du nom, fait assigner Julien Guilbert et sa femme, devant le tribunal civil de l'arrondissement de Tours, et conclut

« A ce qu'il lui soit donné acte de la déclaration par elle faite et qu'elle réitère, qu'elle entend, conformément à l'art. 747 du Code civil, reprendre la partie de biens provenant de son chef, qui se trouve dans la Succession de Gatien-Louis Aubert, son petit-fils, compris en la démission qu'elle avait faite au père dudit mineur, le 9 pluviôse an 8; en tant que de besoin est ou serait, révoquant sadite démission;

» En conséquence, que lesdits biens lui seront et demeureront en propriété, avec restitution des fruits, suivant l'estimation qui en sera faite à dire d'experts, et les intérêts montant à.....;

» Au surplus, attendu qu'au jour du décès dudit mineur Gatien-Louis Aubert, petit-fils d'elle requérante, il n'avait point de frères ni sœurs légitimes, que sa Succession, pour ce qui excède les biens sujets au retour, ou à l'effet de la révocation de démission de la requérante, lui appartiennent pour moitié, comme son aïeule paternelle, et pour l'autre moitié, à ladite femme Guilbert, sa mère, il soit dit que lesdits Guilbert et sa femme seront tenus de venir au partage de la Succession dudit mineur Gatien-Louis Aubert ».

Julien Guilbert et sa femme répondent,

Au premier chef de cette demande, que l'acte du 9 pluviôse an 8 n'est pas sujet à révocation, parceque c'est un contrat à titre onéreux; que d'ailleurs la révocation ne pourrait pas en être scindée; qu'elle devrait porter sur la part assignée par cet acte à la femme Rossignol, comme sur celle de Gatien Aubert, premier du nom;

Au deuxième, que leur fille Marie-Anne ayant été conçue avant l'ouverture de la Succession de Gatien-Louis Aubert, celui-ci est censé être mort laissant pour héritiers une sœur utérine et sa mère; que, par conséquent, sa Succession doit, aux termes de l'art. 751 du Code civil, appartenir, pour une part, à celle-ci, et pour les trois autres parts, à celle-là; qu'ainsi, Marie Hainault n'a rien à prétendre dans cette Succession.

Marie Hainault réplique

1° Que l'acte du 9 pluviôse an 8 porte tous les caractères d'une véritable démission de biens; que la démission de biens était universellement reconnue pour révocable à l'époque où cet acte a été passé; que d'ailleurs l'art. 747 du Code civil assure aux ascendans le droit de *reprendre*, dans les Successions de leurs *enfans* et *descendans*, les biens qu'ils leur ont donnés;

2° Que Marie-Anne Guilbert était illégitime au moment où est ouverte la Succession de Gatien-Louis Aubert; et que l'état de légitimité dans lequel elle est née, par l'effet du mariage contracté depuis entre son père et sa mère, ne peut pas avoir d'effet rétroactif.

Le 29 mai 1808, jugement par lequel,

« Considérant, dans le fait, que Gatien-Louis Aubert, fils d'un précédent mariage de la femme Guilbert avec Gatien Aubert, second du nom, est décédé le 27 juillet 1807, sous l'empire du Code civil; que les art. 748 et suivans du Code, jusques et compris le 752e, appellent les père et mère, frères et sœurs, à la Succession du défunt, exclusivement aux autres ascendans; que la Succession

est déférée, pour moitié, aux père et mère qui la partagent entr'eux, et l'autre moitié aux frères et sœurs; que, s'il n'y a que le père ou la mère qui ait survécu, le survivant ne prend que le quart; qu'enfin, les frères et sœurs, quoique d'un côté seulement, excluent tous les parens de l'autre ligne; qu'à cette époque du 27 juillet 1807, qui est celle de l'ouverture de la Succession de Gatien Louis Aubert, la femme Guilbert, encore veuve de Gatien Aubert, son premier mari, décédé en 1805, était enceinte de Marie-Anne Guilbert; qu'alors, les parties de Pasquier (Julien Guilbert et Marie Vaugondy) se disposaient à s'épouser, et que quelques-uns des actes préliminaires à leur mariage, qui a été contracté le 11 août 1807, avaient précédé le décès de Gatien-Louis Aubert; que Marie-Anne Guilbert est née le 1er janvier 1808; que Guilbert a assisté à son acte de naissance, et l'a reconnue pour sa fille; qu'il en résulte qu'elle est née fille légitime de Julien Guilbert et de Marie Vaugondy, son épouse;

» Considérant, en conséquence, en ce qui touche le chef de demande de la partie de Veron (Marie Hainault), tendant au partage de la succession de Gatien-Louis Aubert, comme y étant appelée pour moitié, en qualité d'aïeule paternelle, que, suivant le droit ancien adopté par le nouveau, l'art. 725 du Code civil, l'enfant conçu est capable de succéder; que l'enfant dans le sein de sa mère, n'a encore aucun état; mais qu'il est réputé né pour tout ce qui lui est avantageux, et que ses droits lui sont conservés sous la condition toutefois qu'il naîtra capable de les recueillir; c'est ce qu'indique l'art. 725 précité, qui exige que l'enfant conçu lors de l'ouverture d'une Succession, naisse viable, pour être capable de la recueillir, disposition qui n'est point limitative au cas de la vie, mais démonstrative des conditions de capacité, à l'instant de la naissance, et d'après laquelle on doit dire que Marie-Anne Guilbert a été saisie, dans le sein de sa mère, de sa portion dans la Succession de Gatien-Louis Aubert, son frère utérin, sous les conditions qu'elle naîtrait viable et légitime. Ce double événement ayant eu lieu, il s'ensuit qu'elle exclud la veuve Aubert, parceque c'est au moment de la naissance que se réalisent en faveur de l'enfant, les droits ouverts depuis sa conception;

» En ce qui touche les chefs de conclusions de la partie de Veron, tendant à reprendre, soit par droits de retour, comme donataire, soit par suite de révocation, comme démettante, la part de Gatien-Louis Aubert des biens compris dans l'acte du 9 pluviôse an 8, passé entr'elle, Gatien Aubert et la femme Rossignol,

» Considérant que l'art. 747 du Code civil n'établit le droit de retour, en faveur de l'ascendant donateur, que dans la Succession du donataire décédé sans postérité; qu'il ne s'agit point ici de la Succession de Gatien Aubert, mais de celle de Gatien-Louis Aubert, son fils, auquel partie des biens compris en l'acte du 9 pluviôse an 8, était advenue à titre d'hérédité; qu'ainsi ledit art. 747 n'est pas applicable au fait de la cause, en prenant cet acte sous le rapport d'une donation; que, si on le considère sous celui de démission, et si l'on considère même qu'en droit un arrangement de famille de la nature de celui dont il s'agit, est susceptible de révocation, la révocation n'en pourrait être admise qu'autant qu'elle serait intégrale; et la veuve Aubert déclarant ne révoquer que relativement à la portion échue à Gatien-Louis Aubert, dans la Succession de son père, elle y est non-recevable, parcequ'une révocation partielle dérangerait l'équilibre qu'un arrangement de famille doit conserver entre tous les héritiers, si l'on veut lui imprimer le vrai caractère d'une démission, de n'être qu'une Succession anticipée, déférée comme démissionnaire, comme *ab intestat*, et dans l'ordre de la nature;

» Considérant, enfin que, la femme Guilbert ne peut être fondée que pour un quart dans la Succession de Gatien-Louis Aubert, son fils, puisqu'elle la recueille en concurrence avec sa fille, sœur du defunt, et qu'il y a erreur dans la qualité d'héritière pour moitié qu'elle a prise dans l'instruction et dans ses conclusions; le réquisitoire du ministère public, tendant à la réformation de cette erreur, doit être adopté comme ayant pour objet la juste application de la loi et la conservation des droits d'une mineure, confiées, l'une et l'autre, à sa surveillance;

» Faisant droit par jugement en première instance, déclare la partie de Veron non-recevable, tant dans sa demande en partage de la Succession de Gatien-Louis Aubert, son petit-fils, que dans celle tendante à reprendre, par droit de retour, la portion de biens échue à Gatien Aubert, son fils, par suite de l'acte du 9 pluviôse an 8, et recueillie, dans la Succession de ce dernier, par Gatien-Louis Aubert;

» En ce qui touche la demande de la partie de Veron, en révocation dudit acte, pour ce qui concerne seulement ladite portion, le tribunal, sans rien préjuger sur la nature ni sur les effets de l'acte du 9 pluviôse an 8, déclare, quant à présent, la partie de Veron

non-recevable dans ce chef de demande;

» Faisant droit sur les conclusions du ministère public, le tribunal déclare Marie-Anne Guilbert héritière, pour les trois quats, de Gatien-Louis Aubert, son frère utérin, et la femme Guilbert, sa mère, pour l'autre quart; ordonne, en conséquence, que la qualité d'héritière pour moitié, prise par la femme Guilbert, demeure réformée: le tribunal condamne la partie de Veron aux dépens; ce qui sera exécuté conformément à la loi ».

Marie Hainault appelle de ce jugement; mais par arrêt du 16 février 1809,

« En ce qui touche le chef de la demande formée à la requête de la partie de Baudry (Marie Hainault), aux fins de réglement et partage de la Succession de Gatien-Louis Aubert,

» Adoptant les motifs énoncés au jugement dont est appel;

» En ce qui touche le chef de ladite demande, relatif au droit de succéder, en vertu de l'art. 747 du Code civil, aux choses portées dans l'acte du 9 pluviôse an 8, considéré comme donation,

» Attendu que ledit acte ne porte point, de l'aveu même de la partie de Baudry (Marie Hainault), le caractère constitutif d'un acte de ce genre;

» En ce qui touche le chef de ladite demande, concernant la révocation dudit acte, considéré comme démission,

» Attendu que cette demande n'a point été formée contre partie ayant qualité suffisante pour y défendre.

» La cour (d'appel d'Orléans) met l'appellation au néant.... ».

Recours en cassation, de la part de Marie Hainault, contre cet arrêt.

« Trois moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 11 mars 1811) sont employés à l'appui du recours qui vous est soumis:

» Violation des art. 739 et 724 du Code civil, en ce que la cour d'appel d'Orléans a déclaré que les héritiers de Gatien Aubert étaient sans qualité pour défendre à une demande en révocation d'une démission de biens, qui aurait pu être dirigée contre Gatien Aubert lui-même;

» Contravention au principe de la révocabilité des démissions de biens, et à l'art. 747 du Code civil, en ce que la cour d'appel d'Orléans a rejeté tout à la fois, et la demande de Marie Hainault en révocation de la démission de biens qu'elle avait faite le 9 pluviôse an 8, au profit de ses enfans, et la demande en reprise des biens qu'elle avait, par cet acte, abandonnés à Gatien Aubert, son fils;

» Violation des art. 718, 724, 725, 746, 747 et 576 du Code civil, en ce que la cour d'appel d'Orléans a jugé capable de succéder un enfant conçu et non encore né, qui était illégitime à l'époque de l'ouverture de la Succession qu'il s'agissait de recueillir.

» Le premier de ces moyens serait incontestablement fondé, si, d'une part, il était reconnu, par l'arrêt attaqué, que l'acte du 9 pluviôse an 8 est une véritable démission de biens; et que, de l'autre, il fût décidé par quelque loi, que, sous l'ancienne jurisprudence, non-seulement les démissions de biens étaient révocables au gré de leurs auteurs, mais encore qu'elles ne pouvaient pas être révoquées partiellement.

» Mais, d'abord, l'acte du 9 pluviôse an 8 nous paraît manquer de l'une des conditions qui, dans l'ancienne jurisprudence, étaient assez généralement regardées comme nécessaires pour former une véritable démission de biens. Par cet acte, Marie Hainault n'abandonne à ses enfans que ses propres et sa portion dans les conquêts de la communauté qui a existé entr'elle et son mari; elle se réserve tous ses autres biens. Or, écoutons Boullenois, dans ses *Questions sur les Démissions de biens*, page 55:

» *Les démissions de biens n'ayant pour objet que de prévenir l'ouverture de la Succession, et de mettre en possession, par anticipation du droit* successif, *il est nécessaire que les démissions soient de tous biens, parce qu'un droit* successif *est toujours un droit* universel, *et que la loi ne défère pas une Succession pour partie seulement; aussi d'Argentrée observe que la démission s'appelle* bonorum omnium spontanea abdicatio. *Si la démission n'est pas de tous les biens, elle perd les prérogatives de la démission, ou plutôt elle n'est plus démission, mais donation ou autre contrat. C'est pourquoi je ne croirais pas, ainsi que le pense néanmoins Lebrun, en son* Traité des Successions, *liv.* I, *chap.* I, *sect.* 5, *qu'un père pût* se démettre de la simple propriété ou du simple usufruit, ou d'une partie de ses biens, *parceque, dès-lors, la démission n'imite plus la nature, en prévenant le cas de la mort, et n'est plus une anticipation du droit* successif. *J'en excepte néanmoins le cas où le démettant aurait fait réserve de l'usufruit, pour en jouir à titre de constitut et de précaire; car, dès-lors, il y a tradition par voie feinte, et l'usufruit réservé tient lieu des alimens qui sont dus au père.*

» *Lors de la réformation de la coutume de*

Bretagne, comme on demeura persuadé, dans cette province, que les démissions empruntaient beaucoup de la nature des contrats, et qu'à cause de ce, on les tenait irrévocables, on permit, par l'art. 537, *aux pères, mères et autres personnes de se démettre, en tout ou partie, de la propriété de leurs biens; mais comme, parmi nous, les démissions sont de véritables dispositions à cause de mort, qui ne tendent qu'à anticiper le droit* héréditaire, *ces dispositions doivent être du total des biens, à l'exemple de la loi qui défère le total.*

» *Non-seulement la démission doit être universelle, mais même elle doit être faite par forme d'universalité. Car si le démettant, donnant le tout, ne le donne pas à titre* d'universalité, *mais à titre singulier, ce n'est plus une démission, c'est une donation particulière qui ne sera pas sujette à révocation comme la démission, en cas qu'elle soit revêtue des formalités de la donation entre-vifs, suivant l'arrêt de* 1657, *cité par Ricard. Aussi, M. Talon, avocat-général, dans son plaidoyer, lors de l'arrêt de* 1671, *rapporté sur la* question 17, *fit difficulté de regarder une donation faite par père et mère, à tous leurs enfans, comme une démission, les père et mère s'étant réservé une portion de leurs biens; il ne fit qu'en proposer le doute, sans discuter la question, dont il trouva l'examen inutile pour la décision de la contestation qui se présentait. Mais ce fut par cette raison d'universalité de biens, que M. Brisson, avocat-général, se détermina, lors de l'arrêt de* 1578, *rapporté en la même* question 17, *pour soutenir qu'une donation faite par père et mère, entre tous leurs enfans, devait être regardée comme une démission, quoique cette donation fût qualifiée entre-vifs et fût insinuée, parceque, contenant une disposition de tous biens,* inter liberos, *c'était un vrai partage,* ejusmodi divisio inter liberos supremi judicii vim obtinet.

» *Quand nous disons que la démission doit être de l'universalité de tous les biens, nous ne prétendons pas empêcher les démettans de retenir quelques meubles pour leur usage, comme ceux servant à leur personne, ceux de leurs appartemens, et même de se réserver la disposition, par testament ou autrement, de quelques effets; une donation entre-vifs et de tous les biens n'en est pas moins universelle, parceque le donateur a fait quelque réserve; il suffit que la disposition puisse, par elle-même, embrasser généralement tous les biens, et que la réserve ne soit que de quelque chose en particulier.*

» *Quel peut donc être l'effet d'un acte qualifié de démission, qui n'est que de certains biens, et non universelle? Je réponds que cet acte ne peut être, ou qu'une donation entre-vifs, s'il en a les formalités, ou qu'un contrat innommé qui doit être régi par les principes de ces sortes de contrats.*

» Ensuite, quand nous considérerions l'acte du 9 pluviôse an 8 comme une véritable démission de biens, à quelle loi l'arrêt attaqué aurait-il contrevenu, en jugeant que les adversaires de Marie Hainault n'avaient pas une qualité suffisante pour défendre à sa demande en révocation de cet acte?

» Il est clair que, si la cour d'appel d'Orléans a pu, sans violer aucune loi, rejeter d'une manière absolue la demande de Marie Hainault en révocation de l'acte du 9 pluviôse an 8, elle a pu aussi, à plus forte raison, sans violer aucune loi, ne la rejeter que *quant à présent*, et surseoir à y faire droit, jusqu'à ce que Marie Hainault eût mis en cause le co-démissionnaire de son fils Gatien Aubert.

» Or, quelle loi la cour d'Orléans aurait-elle violée, si elle eût jugé que la prétendue démission de biens dont il s'agit, était irrévocable?

» Si, par là, elle eût contrarié l'opinion de Chopin, de Legrand, de Malicottes, de Taisand, de Ricard, de Lebrun, de Boullenois, de Pothier et de beaucoup d'autres, elle se serait du moins conformée, nous ne dirons pas seulement à celle des jurisconsultes bretons et normands (car tout le monde sait qu'ils regardaient uniformément les démissions de biens comme irrévocables), mais encore à celle de Loysel, de Coquille, d'Auzanet, de M. le premier président de Lamoignon, de Ferrière, de Furgole, et surtout à celle de Pallu, qui a écrit sur la coutume de Touraine, dans le ressort de laquelle a été passé l'acte du 9 pluviôse an 8 et sont situés les biens qui en forment l'objet (1).

» Cette diversité d'opinions sur une matière aussi usuelle, est déjà une grande preuve que la loi l'avait laissée sans règle fixe. Mais ce qui le prouve encore mieux, c'est la réponse qui fut faite par l'art. 18 du décret de la convention nationale du 22 ventôse an 2, à des pétitions qui tendaient à faire décider si les démissions devaient être considérées comme des donations entre-vifs, ou comme des dispositions à cause de mort: *Si la loi du 17 nivôse* (porte cette réponse) *ne s'est point particulièrement expliquée sur les démissions de biens, c'est que ces dispositions, révoca-*

(1) *V.* l'article *Démission de biens*, §. 3.

bles en certains pays, ne l'étaient pas dans d'autres; et que, pour ne pas changer la condition de ces sortes d'actes, le principe posé, la classification n'offrait que l'application de la loi; qu'ainsi, et dans les lieux où les démissions étaient irrévocables, elles seraient considérées comme donations entre-vifs; et qu'ailleurs, elles seraient considérées comme dispositions à cause de mort.....

» Enfin, quand nous supposerions la révocabilité des démissions de biens établie dans toute la France par une loi positive, cette loi serait-elle violée par cela seul que la cour d'appel d'Orléans aurait jugé que Marie Hainault n'a pas pu révoquer partiellement l'acte du 9 pluviôse an 8? Non, assurément. A la vérité, Boullenois, quest. 17, *estime que l'on peut révoquer pour partie une démission de biens, parceque l'acte étant révocable par lui-même, et son existence et sa durée dépendant entièrement de la volonté du démettant, il n'y a pas d'inconvénient que le démettant révoque par rapport à l'un, et ne révoque pas par rapport à l'autre....., parceque la volonté de l'homme étant ambulatoire quant à ces sortes d'actes, elle peut changer pour partie comme pour le tout.* Mais ce n'est là qu'une opinion d'auteur; et quelque raisonnable qu'elle soit, elle ne suffit certainement pas pour motiver la cassation d'un arrêt.

» Le premier moyen de cassation de la demanderesse ne mérite donc, de votre part, aucune espèce de considération.

» Le deuxième est déjà réfuté, dans sa première branche, par la preuve qui vient d'être donnée du défaut absolu de loi sur la question de savoir si, avant le Code civil, les démissions de biens étaient ou n'étaient pas révocables.

» Quant à la seconde branche du même moyen, voyons si, comme on le prétend, la cour d'appel d'Orléans a violé l'art. 747 du Code civil, en jugeant que cet article ne donnait pas à Marie Hainault le droit de reprendre dans la succession de Gatien-Louis Aubert, son petit-fils, les biens dont elle s'était démise, le 9 pluviôse an 8, en faveur de Gatien Aubert, second du nom, son fils.

» Cet article porte que *les ascendans succèdent, à l'exclusion de tous les autres, aux choses par eux données à leurs enfans ou descendans décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession.*

» Et Marie Hainault disait devant la cour d'appel d'Orléans: Les biens que j'ai donnés à Gatien Aubert, mon fils, se retrouvent en nature dans la succession de Gatien-Louis Aubert, mon petit-fils; mon petit-fils est mort sans postérité: j'ai donc le droit de reprendre ces biens dans sa succession.

» Qu'a répondu la cour d'appel d'Orléans à cet argument? Pour qu'il y ait lieu (a-t-elle dit), en faveur des ascendans, au droit établi par l'art. 747 du Code, il faut que les biens sur lesquels ils voudraient l'exercer, aient été, de leur part, l'objet d'une donation; or, ce n'est point par une donation, c'est par une démission, que les biens réclamés par Marie Hainault, ont été transmis à Gatien Aubert; Marie Hainault n'est donc point dans le cas prévu par cet article.

» Cette réponse n'est pas, nous devons le dire, à l'abri de toute critique. Sans doute, dans les pays où la démission de biens était révocable, elle n'avait pas le caractère d'une donation entre-vifs; mais elle avait au moins celui d'une donation à cause de mort: l'art 18 du décret du 22 ventôse an 2 le dit en termes exprès. Or, l'art. 747 du Code civil ne distingue pas entre les biens donnés à cause de mort et les biens donnés entre-vifs; il ne limite pas à ceux-ci le droit qu'il attribue à l'ascendant donateur, de les reprendre dans la succession du descendant donataire, mort sans postérité. Pourquoi donc Marie Hainault n'aurait-elle pas pu reprendre, dans la Succession de Gatien-Louis Aubert, les biens dont elle s'était démise le 9 pluviôse an 8?

» Pourquoi? Par une raison que la cour d'appel d'Orléans paraît n'avoir pas aperçue, mais qui ne suffit pas moins pour justifier son arrêt en cette partie: parceque ce n'était pas dans la Succession de son donataire, mais dans celle du fils de son donataire, qu'elle réclamait ces biens; parceque son donataire n'était pas *décédé sans postérité;* parceque l'art. 747 ne dispose que pour le cas où meurt sans enfans le fils ou petit-fils à qui son ascendant a fait une donation.

» Il ne faut pas, en effet, confondre le retour légal dont il est question dans l'art. 747, avec le retour conventionnel dont s'occupe l'art. 951.

» Suivant l'art. 951, *le donateur peut stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas de prédécès du donataire seul, soit pour le cas de prédécès du donataire et de ses descendans.* Ainsi, nul doute que, si Marie Hainault eût, dans l'acte du 7 pluviôse an 8, stipulé le retour des biens qu'elle donnait à Gatien Aubert, pour le cas de prédécès de Gatien Aubert et de ses descendans, elle n'eût dû reprendre ces biens dans la Succession de Gatien-Louis Aubert, comme elle les eût repris dans la Succession de Gatien Aubert, si celui-ci fût mort sans enfans.

» Mais l'art. 747 n'appelle l'ascendant donateur à reprendre les objets compris dans sa donation, qu'en cas de mort du donataire *sans postérité*. Ce droit est donc éteint du moment où le donataire laisse, à sa mort, un fils ou petit-fils. Il ne peut donc pas revivre par la mort subséquente du fils ou petit-fils du donataire sans enfans.

» Nous ne devons pourtant pas dissimuler que M. Maleville, dans son *Analyse raisonnée*, professe, non sans hésitation, une opinion contraire. Voici ses termes : *L'article dit que les ascendans succèdent aux choses par eux données à leurs descendans décédés sans postérité. Si le descendant laisse des enfans, mais que ces enfans viennent à mourir avant l'ascendant donateur, le droit de retour ou de Succession est-il conservé en faveur de celui-ci, ou bien est-il éteint par cela seul que le donataire a laissé des enfans? A suivre rigoureusement les termes de notre article, on ne pourrait s'empêcher de décider que le droit est éteint; car c'est par Succession que l'ascendant reprend la chose donnée : il faut donc considérer uniquement l'état des choses, tel qu'il est au moment du décès du donataire; or, il est bien constant qu'à cette époque, la réversion ne peut pas avoir lieu, puisque le donataire n'est pas décédé sans postérité. Cependant on penchera pour l'opinion contraire, si l'on fait attention que notre article ne fait que renouveler, dans les mêmes termes, la disposition des coutumes de Paris et d'Orléans; et que, dans le ressort de ces coutumes, comme dans tout le reste de la France en général, il était de maxime que l'ascendant ne perdait son expectative, que lorsqu'à sa mort il existait des descendans de son donataire. V. à ce sujet Cambolas, liv. 1, chap. 5; Catellan, liv. 5, chap. 8; Ricard, tome 1, part. 3, chap. 7, sect. 4; Lebrun, liv. 1, chap. 5, sect. 2, n° 30; Pothier, Bourjon, etc. Notre article n'exclud pas même positivement cette manière de l'entendre; il appelle les ascendans à succéder aux choses par eux données à leurs descendans décédés sans postérité, et lorsqu'il arrive du vivant du donateur appelé, on peut dire qu'il est très-vrai, et dans le fait et dans le langage ordinaire, que le descendant est décédé sans postérité. Il ne fut rien dit, lors de la discussion de cet article, qui conduisît à penser qu'il dût être entendu dans un sens différent de celui qu'on lui avait toujours donné : cependant il faut convenir que l'expression* succèdent, *rigoureusement prise, prête beaucoup à l'opinion contraire.*

» Ainsi parle M. Maleville, et, comme vous le voyez, messieurs, le principal fondement de son opinion est que, suivant l'ancienne jurisprudence, *l'ascendant ne perdait son expectative que lorsqu'à sa mort il existait des descendans du donataire.* Mais est-il bien vrai que l'ancienne jurisprudence fût aussi constante là-dessus qu'il le suppose?

» Elle l'était effectivement aux parlemens de Toulouse et de Bordeaux; mais il s'en faut beaucoup qu'elle le fût de même dans les autres parlemens.

» A Paris, trois arrêts des 10 juin 1611, 12 juillet 1625 et 16 mars 1697 avaient jugé dans un sens; et deux autres arrêts de 1554 et du 21 avril 1695 avaient jugé dans le sens opposé.

» A Aix, même diversité de décisions. Deux arrêts des 17 octobre 1620 et 21 juin 1636 avaient jugé pour le droit de retour, en cas de mort des enfans du donataire sans postérité. Quatre arrêts des 19 juin 1629, 28 juin 1633, 29 mars et 4 juin 1635, avaient jugé, au contraire, que le droit de retour était irrévocablement éteint dans ce cas.

» C'est aussi ce qu'avaient jugé un arrêt du parlement de Grenoble, du 28 juillet 1602, quatre arrêts du parlement de Dijon, de 1625, 1er décembre 1669, 22 janvier 1727 et 14 août 1742, et un arrêt du parlement de Besançon, du 19 décembre 1710.

» Et c'est parceque la jurisprudence n'était pas uniforme sur cette question, que, le 28 thermidor an 11, au rapport de M. Vallée et sur nos conclusions, la section des requêtes a maintenu un arrêt de la cour d'appel de Lyon, du 25 nivôse précédent, qui avait refusé le droit de retour à un bisaïeul réclamant ce droit sur la Succession du petit-fils de son donataire, *attendu* (a-t-elle dit), *que le droit romain n'est reçu dans les ci-devant provinces régies par le droit écrit, qu'avec les modifications qu'y ont apportées les coutumes et la jurisprudence; que la différence de jurisprudence, entre les tribunaux souverains qui se sont partagé ces provinces, et la variation de cette même jurisprudence, en différens temps, dans quelques-uns de ces mêmes tribunaux, prouvent qu'il n'y a point de loi précise sur la matière; d'où il suit que le tribunal d'appel de Lyon n'a violé aucune loi.....; le tribunal rejette le pourvoi.....* (1).

» Ce n'est donc pas dans l'ancienne jurisprudence que nous devons chercher l'interprétation de l'art. 747 du Code civil. Cet

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Réversion*, §. 1.

article ne peut être interprété que par lui-même. *Les ascendans*, porte-t-il, *succèdent aux choses par eux données à leurs enfans ou descendans, décédés sans postérité :* il exige donc le concours de deux conditions, pour que l'ascendant puisse succéder aux choses qu'il a données : la première, que l'enfant ou descendant donataire soit décédé ; la seconde, qu'il soit décédé sans enfans. Si donc l'une de ces conditions manque, point de droit de retour. L'art. 747 du Code civil condamne donc la jurisprudence des parlemens de Toulouse et de Bordeaux ; il érige donc en loi la jurisprudence des parlemens de Grenoble, de Dijon et de Besançon ; il donne donc la préférence à ceux des arrêts des parlemens de Paris et d'Aix, qui avaient jugé conformément à la jurisprudence des parlemens de Besançon, de Grenoble et de Dijon. Le deuxième moyen de cassation de la demanderesse n'est donc pas mieux fondé dans sa seconde branche, qu'il ne l'est dans la première.

» Le troisième moyen nous paraît digne d'une attention beaucoup plus sérieuse.

» Fixons-nous d'abord bien précisément sur les faits.

» Le 27 juillet 1807, décès de Gatien-Louis Aubert.

» Le 11 août suivant, Marie Vaugondy, sa mère, veuve depuis plus de deux ans, épouse en secondes noces Julien Guilbert.

» Le 1er janvier 1808, c'est-à-dire, cinq mois et vingt et un jours après son mariage, elle accouche d'une fille, que Julien Guilbert reconnaît pour son enfant, et qu'il nomme Marie-Anne.

» Cette fille était-elle conçue au moment du décès de Gatien-Louis Aubert, son frère utérin ? Oui sans doute, puisque le moindre intervalle qu'il puisse y avoir entre la conception d'un enfant et sa naissance, est fixé à six mois, non-seulement par l'opinion unanime des physiologistes, mais encore par les art. 312 et 314 du Code civil.

» Mais de ce que Marie-Anne Guilbert était alors conçue, s'ensuit-il qu'elle ait alors succédé à Gatien-Louis Aubert ?

» Sans contredit elle lui aurait succédé, si elle eût été conçue dans le mariage. L'art. 725 du Code civil, en déclarant incapable de succéder *celui qui n'est pas encore conçu*, reconnaît nécessairement pour capable de succéder, celui qui se trouve conçu au moment où s'ouvre la succession.

» Mais Marie-Anne Guilbert avait été conçue hors du mariage ; elle ne pouvait donc pas succéder à son frère utérin.

» Tout ce qu'on peut faire de plus favorable à un enfant qui se trouve conçu au moment où s'ouvre une Succession, c'est de feindre qu'il est né en ce moment même ; et cette fiction est effectivement écrite dans le droit romain : *qui in utero est, perindè ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partûs quæritur ;* ce sont les termes de la loi 7, D. *de statu hominum.* Or, si Marie-Anne Guilbert était née le 27 juillet 1807, jour de la mort de son frère utérin, lui aurait-elle succédé ? Non certainement. Elle en aurait été exclue par sa qualité d'enfant naturel. Et elle lui aurait succédé comme simplement conçue à une époque où, déjà venue au monde, elle n'aurait pas pu lui succéder ! Cela répugne à la saine raison. La conception peut bien équipoller à la naissance, mais elle ne peut jamais avoir des effets que la loi refuse à la naissance elle-même.

» Mais, a dit la cour d'appel d'Orléans, ou plutôt le tribunal de Tours dont elle a adopté les motifs, Marie-Anne Guilbert est née après la célébration du mariage de son père et de sa mère ; elle est donc née légitime.

» Oui, elle est née légitime ; mais sa légitimité remonte-t-elle jusqu'à l'instant même de sa conception ? Sa légitimité, qui n'a été opérée que par un mariage célébré après la mort de son frère utérin, peut-elle être censée avoir existé antérieurement à ce mariage ? C'est demander, en d'autres termes, si l'effet peut avoir précédé sa cause ; et le bon sens nous dit que non.

» Pourquoi Marie-Anne Guilbert est-elle née légitime ? Parceque, du mariage contracté entre son père et sa mère, après sa conception, il est résulté pour elle une légitimation semblable à celle qui s'opère, en faveur des enfans nés d'une union illégale, par le mariage subséquent des auteurs de leurs jours. C'est ce que décide nettement la loi 12, C. *de naturalibus liberis.*

» Or, les enfans nés d'une union illégale, acquièrent-ils, par la légitimation que leur procure le mariage subséquent de leur père et de leur mère, le droit de venir aux Successions qui s'étaient ouvertes avant ce mariage ?

» La négative était incontestable sous l'ancienne jurisprudence ; et un arrêt du parlement de Rouen, de 1614, rapporté par Berault, sur l'art. 449 de la coutume de Normandie, l'avait formellement consacrée ; mais elle est bien plus évidente encore sous le Code civil, dont l'art. 333 déclare, en termes exprès, que les enfans légitimés par le mariage subséquent, ont *les mêmes droits*

que s'ils étaient nés de ce mariage; ce qui signifie bien clairement, comme l'exposait M. Duverrier, tribun, dans son rapport du 2 germinal an 11 au corps législatif, que l'effet de la légitimation *ne remonte pas à l'époque de la naissance des enfans;* qu'*elle ne peut opérer que du moment qu'elle existe;* qu'*elle n'existe que par le mariage qui la produit;* et que *tout ce qui s'est passé dans la famille du père et de la mère, avant leur mariage, est étranger aux enfans que ce mariage légitime.*

» Il en doit donc être de même de la légitimation qui s'opère en faveur d'un enfant conçu hors du mariage, par le mariage que son père et sa mère contractent après sa conception. L'enfant conçu hors du mariage, ne peut donc pas acquérir, par le mariage que son père et sa mère contractent avant sa naissance, le droit de venir aux Successions qui se sont ouvertes avant ce mariage.

» Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'une Succession pût, après son ouverture, rester en suspens; et c'est ce qui n'est pas possible.

» Du moment qu'une Succession est ouverte, elle est nécessairement déférée, ou à l'héritier légitime, ou dans certains cas, à l'héritier institué. L'héritier légitime et l'héritier institué, dans les cas où celui-ci n'a pas besoin d'en demander la délivrance, en sont saisis de plein droit. Les art. 724 et 1006 du Code civil sont là-dessus très-formels; et ils ne font que renouveler cette maxime de notre ancien droit, *le mort saisit le vif.*

» Ainsi, à peine Gatien-Louis Aubert a-t-il eu les yeux fermés, que Marie Hainault, son aïeule paternelle, a été saisie de la moitié de sa Succession; et comment voudrait-on que Marie Hainault eût pu être privée de sa saisine, par l'effet du mariage qui a été contracté depuis entre le père et la mère de Marie-Anne Guilbert? Ce qui est une fois entré dans notre patrimoine, peut-il en sortir par le fait d'autrui? Non : il n'a donc pas pu dépendre du père et de la mère de Marie-Anne Guilbert, d'ôter à Marie Hainault les droits successifs dont la loi l'avait investie; ils n'ont donc pas pu, en se mariant, transférer à leur fille les droits successifs dont la loi avait investi Marie Hainault.

» Si, au moment de l'ouverture de la Succession de Gatien-Louis Aubert, Marie Vaugondy, sa mère, était venue dire : *Je suis enceinte, et comme mon intention est d'épouser incessamment le père de l'enfant que je porte dans mon sein, je demande qu'il soit créé à cet enfant un curateur, pour exercer ses droits dans la Succession de son frère;* qu'elle lui aurait-on répondu? *Vous êtes enceinte! mais l'enfant que vous portez dans votre sein, est le fruit d'une union que la loi désavoue. Il est par conséquent incapable de succéder à son frère utérin. Épousez, dans un mois, dans quinze jours, demain, si vous le voulez, le père de cet enfant : vous en êtes bien la maîtresse; mais tout ce que vous pouvez faire, par votre mariage, c'est de rendre votre enfant capable de succéder à compter du moment où votre mariage sera célébré; c'est de le faire entrer, à compter de ce moment, dans votre famille. Mais quant à présent, il est, par rapport à ses parens collatéraux, comme s'il n'existait pas; quant à présent, il n'y a, entr'eux et lui, aucun rapport de successibilité; et il est de principe que c'est à l'instant physique où s'ouvre une Succession, que l'on doit s'arrêter pour déterminer à qui elle appartient.*

» En deux mots, ou il faut ici s'attacher au moment de la conception, ou il faut s'arrêter au moment de la naissance. Si l'on s'attache au moment de la conception, Marie-Anne Guilbert était illégitime à l'époque de l'ouverture de la Succession de son frère utérin, et par conséquent incapable de succéder. Si l'on s'arrête au moment de la naissance, Marie-Anne Guilbert n'existait pas encore à l'époque de l'ouverture de la Succession de son frère utérin, et par conséquent était incapable d'y rien prétendre.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt dont il s'agit, comme contraire aux art. 724 et 756 du Code civil ».

Par arrêt du 11 mars 1811, au rapport de M. Carnot.

« Vu les art. 724 et 756 du Code civil.....;

» Et attendu que, pour être habile à se dire héritier et à recueillir une Succession, il faut en avoir capacité à l'instant du décès de celui auquel on prétend succéder; que cela résulte des dispositions formelles des art. 718 et 724 du Code civil;

» Attendu que, dans l'espèce, les ascendans de Gatien-Louis Aubert avaient seuls capacité pour recueillir sa succession, lorsqu'il décéda le 8 juillet 1807, puisqu'il ne laissait ni descendans ni frères ou sœurs légitimes, aux termes de l'art. 746 du Code;

» Que la conception de Marie-Anne Guilbert ne pouvait apporter aucun obstacle à cet ordre de succéder, puisqu'à l'époque du décès de Gatien-Louis Aubert, sa mère était encore veuve et non remariée, et que les enfans naturels ne peuvent prétendre aucun

droit aux Successions des parens de leurs père et mère, d'après le vœu de l'art. 756; qu'à la vérité, les bans de mariage des père et mère de Marie-Anne Guilbert avaient été publiés, lorsqu'arriva le décès de Gatien-Louis Aubert; mais qu'il ne suffit pas d'actes préliminaires au mariage, pour opérer la légitimation des enfans, le mariage seul pouvant produire cet effet; qu'il est également vrai, que Marie-Anne Guilbert est née *dans le mariage* contracté par ses père et mère, depuis le décès de Gatien-Louis Aubert; mais que cette circonstance n'a pu lui rendre la capacité qui lui manquait à l'ouverture de la Succesion;

» Qu'il ne suffit pas, en effet, que l'enfant conçu hors mariage, soit né dans le mariage, pour lui donner tous les droits d'enfant légitime, puisqu'il peut être désavoué par son père, ou être le fruit de l'adultère;

» Qu'il n'y a, dès-lors, aucune distinction à faire, quant à la capacité de succéder, entre l'enfant conçu hors mariage et né *dans le mariage*, et celui qui est seulement *légitimé* par mariage subséquent; qu'il reste toujours à décider la question de savoir si l'enfant conçu hors mariage, et dont la légitimation ne s'est opérée que *depuis* l'ouverture de la Succession, a capacité pour recueillir les biens de l'hérédité, et pour en dépouiller les héritiers légitimes au temps du décès;

» Que cette question se trouve décidée par le rapprochement des art. 718 et 734 du Code civil, qui appellent à recueillir les biens du défunt, ceux qui sont habiles à se dire ses héritiers à l'époque de son décès;

» Que, par sa légitimation *postérieure*, l'enfant né hors mariage, ne peut enlever à des tiers un droit qui leur est acquis; que ce serait lui faire produire un effet rétroactif;

» Que l'on ne peut appliquer à ce cas particulier, les dispositions de l'art. 725, qui déclare l'enfant *conçu* capable de succéder lorsqu'il vient à naître *viable*, parceque, dans l'espèce de cet article, la propriété ne s'est encore reposée sur la tête d'aucun héritier;

» Que la condition de naître *viable* ne dépend pas de *la volonté de l'homme*, ce qui la distingue de la légitimation par mariage subséquent, à laquelle on voudrait l'assimiler; que l'art. 725 ne peut d'ailleurs recevoir application qu'à la filiation *légitime*, qu'a l'enfant qui aurait eu capacité pour hériter à l'instant de sa conception;

» Que l'enfant *conçu* hors mariage, et qui n'a été légitimé par le mariage de ses père et mère, qu'*après* le décès de celui dont il prétend hériter, ne peut avoir aucun droit à sa Succession, soit que l'on reporte sa naissance à l'époque de sa conception, soit que l'on reporte sa conception à l'époque de sa naissance; puisqu'en faisant remonter l'époque de sa naissance à celle de sa conception, il sera né dans l'état d'enfant naturel, et qu'en faisant rétrograder sa conception à l'époque de sa naissance, il ne pourra prétendre aucun droit à une Succession ouverte avant cette époque;

» Qu'ainsi, Marie-Anne Guilbert n'avait capacité pour recueillir la Succession de Gatien-Louis Aubert, ni à l'instant de sa conception, ni à l'instant de sa naissance; que cependant l'arrêt attaqué l'a déclarée capable de la recueillir;

» Que la cour d'appel d'Orléans n'a pu le juger de la sorte, sans violation ouverte des art. 724 et 756 du Code civil; ce qui dispense d'examiner les autres ouvertures de cassation proposées, la cause entière devant être renvoyée par-devant une nouvelle cour;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».]].

II. L'ancien droit romain ne voulait pas qu'on pût succéder au-delà du septième degré de parenté; c'est ce que prouve la loi 4, D. *de gradibus et affinibus*. Mais, comme on le voit dans le §. 5, Inst. *de Successione cognatorum*, Justinien a étendu le droit de succéder jusqu'au dixième degré inclusivement.

Parmi nous, il passe pour constant qu'il n'y a point de restriction en cette matière. « Notez (dit un des additionnaires de Papon, » liv. 21, tit. 1, n° 29) qu'en France, les » Successions légitimes sont reçues par-dessus le dixième degré. Arrêt de Paris, donné » en la première chambre des enquêtes, le » 17 mai 1572 ».

La coutume de Normandie en dispose autrement : elle porte, art. 146, « qu'aux seigneurs féodaux appartiennent les héritages » de leurs vassaux après leur décès, à droit » de déshérence et ligne éteinte, aux charges » de droit, s'il ne s'y présente hoirs habiles » à succéder dans le septième degré inclusivement. » L'art. 41 des *placités* de 1666 dit la même chose : « On succède en Normandie » jusqu'au septième degré inclusivement ».

Cette disposition paraît, du premier coup-d'œil, conforme à l'ancien droit romain; mais l'annotateur de Lebrun, liv. 1, chap. 6, sect. 4, n° 11, assure « qu'on suit en Normandie la computation canonique; ce qui fait » le quatorzième degré en droit civil, où on » compte des deux côtés ».

Du temps d'Argentrée, on pensait en

Bretagne, que la coutume de cette province ne permettait pas de succéder au-delà du neuvième degré. Mais Poullain du Parcq dit, dans sa note sur l'art. 342, « que la maxime » contraire est constante aujourd'hui depuis » l'arrêt du 20 juin 1733, rapporté au premier » tome du *Journal du parlement de Rennes*, » chap. 3 ».

Dans les pays de droit écrit, on ne fait, selon Maynard, liv. 6, chap. 99, aucune difficulté d'admettre les parens à succéder jusqu'au dixième degré; mais cet auteur ne dit pas si on les y admet dans les degrés ultérieurs. Bretonnier, dans ses *Questions alphabétiques*, paraît supposer que non; mais Serres, *Institutions au Droit français*, liv. 3, tit. 5, présente l'affirmative comme une vérité incontestable.

Dunod, *Traité des Retraits*, chap. 4, dit qu'on le juge ainsi au parlement de Besançon, lorsqu'il s'agit d'exclure le fisc; mais qu'entre parens, celui qui est de la ligne, ne succède pas au préjudice des plus proches, quand il passe le dixième degré. Grivel, décis. 109, rapporte un arrêt de l'an 1588, qui confirme précisément la seconde partie de cette assertion.

[[L'art. 755 du Code civil porte qu'en ligne collatérale, *les parens au-delà du douzième degré ne succèdent pas.*]]

III. Quant à la manière de prouver la parenté, il faut distinguer le cas où il n'est question que d'exclure le fisc, de celui où plusieurs personnes se disputent une Succession à titre de parenté.

Au premier cas, dit Serres à l'endroit cité, « on se contente que la parenté soit établie » par de simples indices, sans qu'il soit besoin » de prouver la généalogie : comme s'il paraît » que celui qui demande la Succession en qua- » lité de parent, était réputé tel par les habi- » tans du lieu, ou que le défunt le reconnais- » sait pour parent verbalement et par écrit».

Il y a dans les notes de Brodeau sur Louet, lettre F, §. 21, un arrêt du 22 mai 1622, qui justifie cette doctrine : « La cour (dit cet » auteur) confirma la sentence des requêtes » du palais, du 16 mars 1620, portant que » les nommés Tassin, Le Vasseur et consorts » informeraient de leur généalogie, et par- » ticulièrement du fait par eux mis en avant, » que défunt Etienne Langlois et eux se » visitaient et fréquentaient, et s'appelaient » cousins; et sur la preuve résultant de l'en- » quête faite à leur requête, faisant droit au » principal évoqué, les maintint et garda en » possession et jouissance de la Succession » dudit Langlois, à l'exclusion du seigneur » qui la prétendait par droit de déshérence ».

On a prétendu que cette jurisprudence ne devait pas être suivie dans la coutume de Normandie; et il faut convenir que, du premier abord, elle ne paraît guère compatible avec l'esprit de cette loi municipale. L'art. 146 limite le droit de succéder au septième degré; il ne permet donc aux parens de se dire héritiers, qu'autant qu'ils ne remontent point au-delà : dès-lors, ne semble-t-il pas les obliger de prouver le degré dans lequel ils sont parens?

Cependant la question s'étant présentée au parlement de Normandie, dans une instance entre le procureur du roi et le nommé Manfils, « il passa à dire, par arrêt du 12 janvier » 1617, que Manfils étant en possession de » la parenté, et ayant été appelé héritier » présomptif dans les affaires onéreuses de » la parenté, comme de nourriture et de tu- » telle, cela suffisait pour exclure le fisc ». Ce sont les termes de Basnage, art. 146.

On peut dire en faveur de cette décision, que la coutume n'admettant le fisc qu'à défaut de parens dans le septième degré, c'est à lui à prouver que les parens qui se présentent à une Succession, ne sont pas dans ce degré, parceque tout demandeur doit vérifier le fait qui sert de base à sa demande. Il en est de cela comme du droit d'aubaine : notre droit public n'admet aux Successions que les régnicoles : cependant il est de maxime très-constante, que le fisc ne peut pas obliger un parent à prouver qu'il est régnicole. D'ailleurs, le septième degré équivaut, dans la coutume de Normandie, au quatorzième du droit civil; et l'on sent qu'il ne doit pas toujours être fort aisé à un héritier dont la parenté est aussi éloignée, d'en indiquer et justifier précisément le degré. Ainsi, en jugeant autrement que l'a fait l'arrêt de 1617, on courrait souvent le risque d'exclure mal à propos des parens qui auraient, sans pouvoir le prouver, la proximité requise par la coutume pour succéder.

Au second cas, c'est-à-dire, lorsque plusieurs personnes se disputent une Succession à titre de parenté, la loi est plus sévère sur le choix des preuves. Maynard, liv. 6, chap. 99, rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, qui a préféré à un parent qui n'indiquait ni ne vérifiait son degré, d'autres parens qui établissaient légalement leur généalogie.

Les actes de naissance et de mariage, les partages, les testamens, sont les preuves les plus sûres qu'on puisse administrer en cette matière; et dans la thèse générale, on ne

peut en admettre que d'écrites. *V.* l'article *Nom.*

Lorsque je prouve, en formant ma généalogie, qu'une personne d'un certain nom et surnom est née tel jour, et qu'une personne du même nom et surnom s'est mariée dans un temps qui n'est ni trop voisin, ni trop éloigné de la naissance de la première, pour que celle-ci ait pu se marier alors, doit-on présumer l'identité de l'une et de l'autre?

Le président Favre distingue : lorsqu'il est justifié qu'il y a eu, dans le même temps, plusieurs personnes qui ont porté le même nom et surnom, l'identité ne se présume pas; il faut en rapporter des preuves claires et précises. Dans le cas contraire, l'identité du nom et du surnom fait présumer celle des personnes : *Ex identitate nominis et cognominis probatur identitas personarum, si non in contrarium probetur diversitas.*

C'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante. La veuve Sauvé, de Lille, et les nommés Périn, réclamaient respectivement la Succession du fief de Glageon. Ceux-ci établissaient très-bien leur généalogie, sauf que, dans un degré, l'identité n'était pas prouvée. La veuve Sauvé, qui justifiait parfaitement sa parenté, mais qui se trouvait dans un degré plus éloigné, soutenait qu'il fallait une preuve complète d'identité. Les Périn répondaient que cette identité devait se présumer, jusqu'à ce qu'on eût prouvé la co-existence de deux personnes du même nom et surnom. La veuve Sauvé entreprit cette preuve, et produisit quelques pièces pour l'établir; mais on la trouva insuffisante. Par arrêt du parlement de Flandre, du 27 mars 1781, au rapport de M. Remy d'Evin, le fief a été adjugé aux Périn.

La même chose a été jugée à la gouvernance de Douai, le 25 juillet 1781, en faveur de Jean-Baptiste-Joseph Naveteur, demeurant au faubourg de Saint-Amand, contre Jean-François Carton, demeurant à Lille. Il s'agissait de la Succession au fief de Cailleau-des-Planques, situé à Rosut.

[[Au surplus, *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Religionnaires*, §. 2.

Art. VI. *De l'indignité de succéder.*

A tout ce que nous avons dit sur cette matière, au mot *Indigne*, nous ajouterons ici, d'après les *Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau*, un arrêt qui juge que les enfans de l'indigne, nés depuis sa condamnation, ne peuvent pas venir, de leur chef, à la Succession de laquelle il a été privé.

« En 1702, Isabeau B.... fut accusée d'avoir empoisonné Jean B...., son frère aîné, de concert avec un particulier qui fut condamné à une peine capitale, et exécuté en effigie.

» Isabeau B... fut bannie à perpétuité du ressort de la cour. L'arrêt rendu la même année, la déclara inhabile à recueillir la Succession de son frère, et les autres biens qui auraient pu appartenir à ce dernier, s'il eût vécu. Une pension annuelle, telle que les proches la régleraient, lui fut néanmoins réservée.

» Cette fille se retira à Alençon, où elle se maria, en 1704, avec un particulier à qui elle porta en dot une somme de 525 livres, moyennant laquelle le capital de la pension que les proches réglèrent, fut éteint. Jeanne, sa sœur cadette, promit cette somme, et prit la possession des biens délaissés par leur frère.

» Du mariage d'Isabeau sont nés des enfans qui, pendant la vie de leur mère, présentent requête en la cour, pour demander qu'aucun délai fatal ne courra contre eux : ils prétendent que le crime imputé à leur mère, ne peut point les priver des biens dotaux et avitins possédés par Jean B..., leur oncle; la coutume les leur défère; les fautes sont personnelles; l'arrêt de 1702 ne les a pas exclus, ils y forment opposition par tant que de besoin.

» Jeanne B.... répond, par la règle, *le mort saisit le vif :* les enfans d'Isabeau n'étaient pas au monde en 1702, que la Succession fut ouverte, et l'on ne peut pas dire que leur mère la leur transmit, elle ne la posséda jamais; l'hérédité fut transmise à Jeanne, qui se trouva la plus proche par l'indignité de sa sœur. *Semel heres semper heres.*

» Là-dessus, arrêt de la cour, qui déclara les enfans d'Isabeau B... non-recevables pour le présent et pour l'avenir ».]]

§. III. *De l'ordre dans lequel les Successions se déférent.*

De tous les parens habiles à succéder, les premiers que la loi appelle, et à qui elle donne une préférence exclusive, sont les enfans et descendans du défunt.

Après eux viennent régulièrement le père, la mère et les ascendans ultérieurs, tantôt seuls, tantôt avec certains collatéraux; mais quelquefois les collatéraux les excluent tout-à-fait.

Enfin, à défaut de descendans et d'ascendans, ce sont les parens collatéraux qui succèdent.

Reprenons ces différens points.

ART. I. *De la Succession des ascendans déférée aux descendans.*

Dans l'ancien droit, la qualité d'enfans n'était rien en matière de Succession, si elle n'était jointe à celle de *sien*, c'est-à-dire, si le fils ou la fille ne se trouvait sous la puissance de l'ascendant au moment de son décès.

Les préteurs firent des édits, et le sénat rendit des sénatus-consultes, qui modifièrent cette jurisprudence. Mais il était réservé à l'empereur Justinien de l'abolir entièrement, et d'y substituer un ordre de succéder calqué sur le vœu de la nature. C'est ce que fit ce législateur par sa novelle 118.

Suivant cette dernière loi, tous les enfans mâles ou femelles, émancipés ou soumis à la puissance du défunt, doivent partager également la Succession de leur père, mère ou autre ascendant. Mais il faut, pour cela, qu'ils soient au même degré, soit de leur chef, soit par représentation; car, entre eux, comme dans toute autre classe de parenté, les plus proches excluent toujours les plus éloignés.

Cet ordre de succéder a été adopté parmi nous; mais il y a plusieurs coutumes dans lesquelles il a reçu différentes atteintes.

Les unes ne reconnaissent qu'un héritier, qui est toujours l'aîné. *V.* l'article *Héritier*.

Les autres, sans donner tout à l'aîné, lui accordent des avantages plus ou moins considérables. *V.* les articles *Aîné, Infançon, Préciput, Primogéniture* et *Quint naturel*.

Celles-ci excluent les filles mariées, ou même en célibat, lorsqu'elles se trouvent en concurrence avec des mâles. *V.* les articles *Légitime* et *Rappel à Succession*.

Celles-là distinguent les enfans des divers lits, et font dépendre leurs droits successifs du mariage dont ils sont nés. *V.* l'article *Dévolution coutumière*, §. 3.

D'autres enfin excluent totalement la représentation, et veulent par conséquent que le petit-fils dont le père est prédécédé, soit privé, par ses oncles ou tantes, de la Succession de son aïeul. *V.* l'article *Représentation (Droit de)*.

[[II. Aujourd'hui, suivant l'art. 745 du Code civil, « les enfans ou leurs descendans » succèdent à leurs père et mère, aïeuls, » aïeules, ou autres ascendans, sans distinc- » tion de sexe ni de primogéniture, et encore » qu'ils soient issus de différens mariages. Ils » succèdent par égales portions et par têtes, » quand ils sont tous au premier degré et » appelés de leur chef: ils succèdent par sou- » ches, lorsqu'ils viennent tous ou en partie » par représentation ».

Les art. 64, 65, 66, 67 et 68 de la loi du 17 nivôse an 2 disaient la même chose en d'autres termes.

Et déjà auparavant, l'art. 11 du tit. 2 de la loi du 15-28 mars 1790 avait aboli le droit d'aînesse et de masculinité dans les fiefs.

Déjà la loi du 8-13 avril 1791 avait ordonné le partage égal des autres biens entre tous les enfans, sans aucune distinction, soit de sexe ou d'âge, soit des mariages dont ils étaient nés.

Déjà la même loi avait introduit la représentation en ligne directe dans les coutumes qui l'en excluaient.

III. Les avantages conférés par les statuts aux aînés, à raison de leur mariage, peuvent-ils encore être réclamés par les aînés qui se sont mariés avant la publication de la loi du 8-13 avril 1791, mais dont les pères sont morts depuis?

Il existait dans le comté de Dachstoul, qui a depuis fait partie du département de la Sarre, des biens connus sous le nom de *stemmatiques*, qui étaient soumis à des usages tout particuliers. Ces biens étaient affectés à l'aîné des enfans mâles, qui y succédait seul, à la charge de payer à ses frères et sœurs une somme égale à la valeur de la maison que le père et la mère avaient habitée, et de ses dépendances. Le père et la mère pouvaient cependant, avec le consentement du seigneur, les partager entre tous les enfans. Mais ils perdaient cette faculté, du moment qu'ils avaient marié leur fils aîné, et qu'ils l'avaient établi avec sa femme dans leur maison.

C'était sous l'empire de cet usage que Pierre Berwenger s'était marié: son père et sa mère avaient consenti à son mariage; il s'était établi avec sa femme dans leur maison, et il y vivait encore avec son père, lorsque par un arrêté du 17 floréal an 6, le commissaire du gouvernement dans les pays conquis sur la rive gauche du Rhin, y fit publier les lois des 8-13 avril 1791, 17 nivôse, 22 ventôse et 9 fructidor an 2, 9 fructidor an 3, 3 vendémiaire an 4 et 18 pluviôse an 5.

Par acte notarié du 14 frimaire an 10, et peu de jours avant sa mort, Berwenger, père, fit, entre tous ses enfans, le partage de ses biens et assigna notamment sa maison aux puînés. Ceux-ci formèrent en conséquence, contre leur frère aîné, une demande en délaissement de cette maison, qui fut portée devant le tribunal civil de Trèves.

Par jugement interlocutoire du 29 ventôse an 10, ce tribunal admit Pierre Berwenger à

prouver « qu'il avait acquis un droit irrévo-» cable à la maison dont il s'agit, avant la dé-» mission faite au profit des demandeurs ».

En exécution de ce jugement, une enquête eut lieu le 11 prairial de la même année; et le 27 messidor suivant, jugement définitif qui, « Attendu que le défendeur n'a pas » prouvé que c'est en vertu d'un contrat ir-» révocable qu'il est en possession des biens » dont il s'agit; déclare que le défendeur est » tenu de partager avec ses frères et sœurs la » succession de Pierre Berwenger, leur père » commun; et en conséquence, le condamne » à quitter et abandonner aux demandeurs » la maison qui leur est échue en partage ».

Pierre Berwenger appelle de ce jugement; et, le 6 nivôse an 13, il intervient, à la cour d'appel de Trèves, un arrêt ainsi conçu :

« 1° La distinction invoquée par l'appelant, entre l'origine des biens dont il s'agit, et ceux de la ci-devant noblesse, est-elle de nature à les exempter des dispositions de la loi du 8-13 avril 1791?

» 2° Y a-t-il lieu d'examiner si l'appelant a prouvé ou peut être admis à compléter la preuve que la coutume du ci-devant comté de Dachstoul conférât à l'aîné d'un possesseur d'un bien stemmatique, un droit irrévocable à l'avantage réclamé par l'appelant dans la Succession de son père, et cela par le seul fait de son établissement par mariage dans la maison paternelle? Le principe avancé par l'appelant, que son mariage lui valait institution d'héritier contractuelle et irrévocable, de sa nature, à l'effet de jouir des avantages en question, est-il admissible?

» Vu les art. 1er de la loi du 8-13 avril 1791, 1er et 9 de celle du 17 nivôse an 2, la réponse à la 56e question insérée dans le décret du 22 ventôse, et les art. 1er et 9 de la loi du 18 pluviôse an 5.....;

» Et attendu, 1° que l'art. 2 de la loi du 17 nivôse an 2 a proscrit en général toute inégalité ci-devant résultante de la qualité d'aîné ou de puîné, sans distinction de l'origine des biens et sans égard à la nature ou au titre constitutif des biens entre le vassal et ses agnats ou le suzerain, ou entre l'homme propre et son seigneur;

» 2° Que le même art. 2, ainsi que le 9e de la même loi, ont aboli toute exclusion, ainsi que toute prérogative, soit coutumière, soit écrite, dans les Successions *ab intestat* qui s'ouvriront à l'avenir, sans distinction si le statut ou la coutume avait attaché l'avantage purement et simplement à la qualité d'aîné, ou s'il avait exigé en outre le mariage de l'aîné et son établissement dans la maison paternelle; et que par conséquent il devient inutile d'examiner si cette preuve a été administrée par l'appelant, et si en cas de négative, il devait être admis à la compléter encore;

» 3° Qu'il résulte de l'aveu même de l'appelant que, d'après la coutume de Dachstoul, son père n'aurait pu lui enlever ses droits d'aînesse sans le consentement du seigneur; et que ses frères et sœurs n'ont pu l'en priver non plus : d'où il suit que le silence du père à l'époque du mariage du fils, et la permission à celui-ci d'établir son ménage dans la maison du père, ne sont pas des circonstances suffisantes pour en induire un consentement indubitable et entièrement libre du père aux avantages dont il s'agit, en faveur du fils; qu'au contraire ce silence et cette permission doivent plutôt être attribués à la force de la coutume qui exclud cette pleine et entière liberté; qu'au surplus, le père même a tacitement fait connaître le motif de son silence précédent, quand il a fait, le 14 frimaire an 10, un partage de ses biens entre ses enfans, parcequ'il a révoqué les prétendus avantages de son fils aîné;

» Qu'au surplus la combinaison de l'art. 56 de la loi du 22 ventôse an 2 et de celui de l'art. 9 de la loi du 18 pluviôse an 5, avec le 1er de cette même loi, prouve évidemment que cet article, en maintenant les institutions contractuelles et irrévocables de leur nature, légitimement stipulées conformément aux anciennes lois, n'est pas applicable au cas présent, où cette ancienne loi même et coutume en conformité de laquelle on réclame la validité de l'acte, se trouve abrogée, où la matière même du prétendu contrat est changée par la destruction des droits seigneuriaux, et où on veut argumenter seulement d'une institution contractuelle tacite et basée en dernière analyse sur des faits équivoques et tout au plus surérogatoires d'une coutume abolie, ou plutôt sur un silence dont on veut dériver l'acquiescement tacite à un effet futur de cette coutume abrogée;

» Par ces motifs, la cour met l'appellation au néant ».

Pierre Berwenger se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Deux questions (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 15 octobre 1807) appellent, dans cette affaire, l'attention de la cour suprême :

» L'arrêt que vous dénonce le demandeur, n'ayant pas prononcé sur le fait de l'existence du ci-devant statut du comté de

Dachstoul, pourrait-il être cassé comme contraire à ce statut, dans l'hypothèse où ce statut, en supposant qu'il ait jamais existé réellement, n'aurait pas été abrogé par les lois des 8 avril 1791 et 17 nivôse an 2? C'est la première.

» Ce statut, s'il existait réellement à l'époque de la publication des lois des 8-13 avril 1791 et 17 nivôse an 2, a-t-il été abrogé par ces lois? C'est la seconde.

» Pour résoudre la première question, il est une chose à considérer : c'est la manière dont le demandeur argumente d'après l'explication que l'art. 10 de la loi du 22 ventôse an 2 a donnée aux art. 13 et 14 de celle du 17 nivôse précédent. Par l'art. 10 de la loi du 22 ventôse an 2, dit le demandeur, il est déclaré que *les avantages conférés aux époux par les statuts, sont maintenus comme ceux qui étaient l'effet de la stipulation.* Or, l'art. 13 de la loi du 17 nivôse an 2 ne maintient pas seulement les avantages conférés aux époux par les statuts écrits et sanctionnés par l'autorité publique : il maintient encore les avantages conférés aux époux par de simples *usages* locaux. Donc, toutes les fois que, pour réclamer un avantage résultant d'un mariage contracté sous l'ancien régime, une partie articule un usage que son adversaire dénie, il est du devoir des juges de prononcer sur l'existence de cet usage. Donc ils ne peuvent pas se refuser de prononcer sur l'existence de cet usage, sans ôter aux usages concernant les avantages matrimoniaux, l'autorité que leur ont imprimée l'art. 13 de la loi du 17 nivôse an 2 et l'art. 10 de celle du 22 ventôse suivant. Donc ils ne peuvent pas s'y refuser sans contrevenir à l'un et à l'autre article.

» Cet argument, nous devons le dire, paraît sans réplique. Mais tout n'est pas dit pour cela. D'après la règle, *frustrà probatur quod probatum non relevat*, la cour d'appel de Trèves a pu, elle a même dû ne pas s'arrêter à la preuve de l'usage allégué par le demandeur, si elle a dû juger et si elle a jugé en effet que cet usage, en le supposant aussi réel, aussi constant, que le demandeur le soutient, aurait été abrogé par les lois des 8-13 avril 1791 et 17 nivôse an 2. Or, c'est là précisément ce qu'elle a jugé; et il ne nous reste plus qu'à savoir, ce qui est l'objet de notre seconde question, si elle a bien jugé.

» Par l'art. 1 de la loi du 8-13 avril 1791, *toute inégalité ci-devant résultante entre* héritiers ab intestat, *des qualités d'aîné ou puîné, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, est abolie.*

» Si cette disposition était la seule loi de la matière, quel moyen y aurait-il de douter qu'elle fût applicable à l'inégalité que le prétendu statut dont il est ici question, faisait résulter, en faveur de Pierre Berwenger, de sa qualité d'aîné? Pourrait-on en écarter l'application à cette inégalité, sous le prétexte que ce statut n'accordait d'avantage à l'aîné qu'autant qu'il fût marié et établi dans la maison paternelle? Non certainement. Suivant ce statut, le mariage, l'établissement dans la maison paternelle ne conféraient par eux-mêmes aucun avantage. Ils n'en conféraient qu'autant qu'ils concouraient avec la qualité d'aîné. Or, la qualité d'aîné est détruite par la loi du 8-13 avril 1791. Le concours de la qualité d'aîné avec le mariage et l'établissement dans la maison paternelle, est donc désormais impossible. La loi du 8-13 avril 1791 abroge donc le prétendu statut du ci-vant comté de Dachstoul.

» Mais la loi du 8-13 avril 1791 n'est pas la seule que l'on invoque dans cette affaire; on y invoque encore la loi du 17 nivôse an 2; et que porte celle-ci?

» D'abord, elle abolit, art. 61, *toutes lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par Succession.* Ensuite, elle déclare, art. 62, que *la loi ne reconnaît aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine, pour en régler la transmission.* Enfin, elle ajoute, art. 63, que *si le défunt laisse des enfans, ils lui succéderont également.* C'est assurément dire, de la manière la plus positive, que, désormais, les coutumes, les statuts, qui prescrivaient des règles particulières pour la Succession des biens stemmatiques, seront sans effet; que, désormais, il n'y aura plus dans les successions aucune différence entre ces biens et les meubles; que, désormais, ces biens seront partagés par égales portions entre tous les enfans du dernier possesseur.

» Et comment, d'après des dispositions aussi précises, aussi formelles, le demandeur peut-il encore réclamer, dans une Succession ouverte en l'an 10, l'avantage que le statut de Dachstoul faisait résulter de la qualité d'aîné?

» C'est que, suivant lui, ces dispositions admettent une exception en faveur des avantages que les coutumes, les statuts, les usages, conféraient ci-devant aux époux à raison de leur mariage même; c'est que, suivant lui, cette exception est écrite dans l'art. 13 de la même loi.

» Voyons donc ce que porte cet article : *les avantages singuliers ou réciproques, sti-*

pulés entre les époux encore existans, soit par leur contrat de mariage, soit par les actes postérieurs, ou qui se trouveraient établis dans certains lieux par les coutumes, statuts ou usages, auront leur plein et entier effet....

» De quels avantages est-il là question? Des avantages que certaines coutumes accordaient aux personnes mariées sur les biens de leur père, de leur mère, de leurs autres ascendans ou de leurs parens collatéraux? Point du tout: il ne s'y agit que des avantages que certaines coutumes accordaient au mari et à la femme sur les biens l'un de l'autre; et cela est si vrai, que la loi place les avantages coutumiers sur la même ligne que les avantages conventionnels; qu'elle les assimile et les identifie sans réserve; et que bien certainement, lorsqu'elle dit, *les avantages stipulés entre les époux*, elle n'entend, elle ne peut entendre que les avantages accordés au mari sur les biens de sa femme, ou à la femme sur les biens de son mari.

» Mais, dit le demandeur, lisez l'art. 10 de la loi du 22 ventôse an 2, et vous y verrez clairement que ce n'est pas dans ce sens que doit être entendu l'art. 13 de la loi du 17 nivôse.

» Lisons donc: par la pétition qui a donné lieu à l'art. 10 de la loi du 22 ventôse an 2, on demandait que la Convention nationale déclarât par une loi expresse, que *les avantages conférés par les statuts aux époux, étaient maintenus, comme ceux qui étaient l'effet de la stipulation;* et l'art. 13 répond *que cette identité sort évidemment des termes de l'art. 13 de la loi du 17 nivôse, qui maintient les dispositions statutaires sous la foi desquelles les époux s'étaient engagés, tandis que l'art. 14 leur permet de plus toute autre stipulation à l'avenir: latitude politique qui fait assez apercevoir que le système restrictif n'est pas pour les* DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX; *sauf la réductibilité de l'usufruit de moitié, en cas qu'il y ait des enfans.*

» Le demandeur se récrie sur la latitude indéfinie de ces termes, *les avantages conférés par les statuts aux époux;* et il en conclud qu'ils ne sont pas restreints aux avantages accordés aux époux sur leurs biens respectifs, mais qu'ils embrassent même les avantages accordés à toute personne mariée, sur les biens de ses parens.

» Mais 1° ces termes que le demandeur trouve si indéfinis, ne sont pas dans le texte de la loi; ils ne sont que dans la pétition à laquelle la loi répond; et sans doute ce n'est point dans la pétition, c'est uniquement dans la réponse, que nous devons chercher la pensée du législateur.

» 2° Ce qu'il y a de vague et d'infini dans les termes de la pétition, est clairement expliqué par la réponse. La réponse renvoie à l'art. 13 de la loi du 17 nivôse, comme ayant à l'avance établi l'identité que sollicitent les pétitionnaires. La réponse réduit donc les termes vagues et indéfinis de la pétition, au sens fixé par l'art. 13 de la loi du 17 nivôse. Le sens de la réponse est donc que les avantages accordés par les statuts aux époux sur les biens l'un de l'autre, sont maintenus. C'est donc là tout ce que dit la réponse. Elle ne dit donc pas ce que le demandeur prétend lui faire dire.

» Mais, objecte encore le demandeur, mon père en me mariant sous l'empire du statut de Dachstoul, m'a tacitement assuré les avantages que me déférait ce statut. Une promesse tacite a certainement la même efficacité qu'une promesse formelle. Je puis donc réclamer l'art. 1er de la loi du 18 pluviôse an 5, portant que *les avantages, prélèvemens, préciputs, donations entre-vifs, institutions contractuelles et autres dispositions irrévocables de leur nature, légitimement stipulés en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793..., auront leur plein et entier effet, conformément aux anciennes lois, tant sur les Successions ouvertes jusqu'à ce jour, que sur celles qui s'ouvriraient à l'avenir.*

» Deux réponses.

» 1° Pour que le père du demandeur ait pu être censé, en le mariant, lui assurer les avantages que le statut faisait résulter de sa qualité d'aîné, il aurait fallu que le statut même lui eût permis de priver le demandeur de ces avantages: car on ne peut jamais être censé donner ce qu'on ne peut pas ôter. Or, le demandeur lui-même nous apprend qu'aux termes du statut, le père ne pouvait, avant le mariage de son fils aîné, partager ses biens stemmatiques entre tous ses enfans, que lorsque le seigneur de qui ils étaient tenus, voulait bien y consentir. Ce n'était donc pas du père du demandeur, que dépendait uniquement le sort de ses propriétés stemmatiques. On ne peut donc pas dire que la volonté du père du demandeur ait concouru avec la volonté du statut, pour assurer à son fils aîné l'avantage dont il s'agit.

» 2° Dans le cas même où il n'eût dépendu que du père du demandeur, de lui assurer, en le mariant, un droit irrévocable à ses propriétés stemmatiques, il suffirait qu'il ne l'eût pas fait par un contrat exprès et formel,

pour que ses propriétés stemmatiques demeurassent soumises, pendant sa vie, à toutes les chances de la volonté du législateur, et que, par conséquent, elles devinssent partageables entre ses enfans dans le cas où il plairait au législateur d'abolir le droit d'aînesse.

» A la vérité, il en avait été disposé autrement par les lois du, 15-28 mars 1790 et du 8-13 avril 1791. Ces lois avaient conservé les droits d'aînesse aux aînés qui s'étaient mariés, même sans contrat de mariage, avant leur publication. Mais elles ont été révoquées par la loi du 4 janvier 1793. Aussi l'art. 1er de la loi du 18 pluviôse an 5 ne maintient-il, en faveur des personnes mariées sous l'empire des anciennes lois, que les avantages *stipulés* à leur profit; et il est bien évident que ce mot *stipulés* est exclusif des avantages purement légaux ou coutumiers.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête, et de condamner le demandeur à l'amende ».

Par arrêt du 15 octobre 1807, au rapport de M. Cochard,

« Attendu, 1° que l'art. 2 de la loi du 8-13 avril 1791 avait aboli toute inégalité ci-devant résultant entre héritiers *ab intestat*, des qualités d'aînés ou de puînés;

» Attendu, 2° que l'art. 1er de celle du 18 pluviôse an 5 n'avait maintenu que les avantages et les prélèvemens stipulés en ligne directe par des conventions antérieures à la promulgation de la loi du 7 mars 1793, et que c'est dans ce sens qu'a été rédigée la réponse à la dixième question de la loi du 22 ventôse an 2, laquelle, en assimilant les avantages statutaires faits aux époux, à ceux stipulés entr'eux par des actes légitimes, suppose nécessairement qu'ils ont produit tout leur effet à la date même de la célébration du mariage;

» Attendu, 3° que le demandeur ne réclame qu'en sa qualité d'aîné les biens stemmatiques existans, dans la Succession de son père, qu'il convient lui-même ne lui pouvoir être dévolus qu'à titre de Succession, et à l'époque du décès de celui-ci;

» Attendu enfin, qu'à cette date, il avait perdu tous les priviléges attachés par le statut municipal à sa qualité d'aîné, son père étant mort après la publication du réglement du 17 floréal an 6 dans les quatre départemens réunis; d'où il suit qu'il ne peut réclamer des avantages attachés à une qualité qui ne subsistait plus lors de l'ouverture de la Succession dont il s'agit;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi..... ».

IV. Avant l'abolition du régime féodal, prononcée par les décrets du 4 août 1789 et expliquée par la loi du 15-28 mars 1790, il y avait en Alsace beaucoup de fiefs tellement affectés à la ligne masculine de chaque possesseur, que les frères, les neveux et les cousins y succédaient à l'exclusion des filles et de leurs descendans: c'étaient les fiefs que l'on appelait *Masculins*.

On sent quel a dû être, sur cet ordre de Succession, l'effet de la suppression du régime féodal.

« Sans contredit (disais-je à l'assemblée constituante, dans un rapport fait à la séance du 8 février 1790, au nom du comité des droits féodaux), en supprimant le régime féodal, vous n'avez pas entendu dépouiller de leurs possessions, les propriétaires légitimes des fiefs; mais *vous avez changé la nature de ces biens*. AFFRANCHIS DÉSORMAIS DES LOIS DE LA FÉODALITÉ, il ne sont restés soumis qu'*à celles de la propriété foncière*; en un mot, *ils ont cessé d'être des fiefs, et sont devenus de véritables* ALLEUX...

» Il n'existe plus de fiefs; donc les lois particulières qui, *dans les successions*, régissaient les biens ci-devant féodaux, deviennent sans objet et sans application.

» Donc plus de droit d'aînesse ni de masculinité pour les fiefs.... Donc *égalité absolue dans les partages entre tous les héritiers du dernier possesseur*, lorsque ceux-ci sont appelés au *partage égal de ses meubles et de ses rotures* ».

A la suite de ce rapport, je proposais, entr'autres dispositions, un article ainsi conçu: « Toute féodalité de biens étant détruite, les » droits d'aînesse et de masculinité sont abolis » à l'égard des fiefs, domaines et alleux nobles, qui seront en conséquence soumis, » dans les successions et partages, aux mêmes lois, statuts et coutumes que les autres » biens ».

Cet article excita de vives réclamations dans une partie de l'assemblée constituante. Quelques-uns l'attaquèrent de front, mais leurs objections tombèrent d'elles-mêmes devant le texte de la loi dont elle n'était que le développement et le corollaire forcé. D'autres, reconnaissant qu'il était conforme aux vrais principes, présentèrent, pour le faire modifier en faveur des personnes qui étaient alors mariées ou veuves avec enfans, des considérations qui, dans une discussion orageuse, produisent quelquefois plus d'effet que les

raisonnemens les plus exacts; et l'article fut, d'après cela, décrété ainsi qu'il suit :

« Tous priviléges, toute féodalité de biens étant détruits, les droits d'aînesse et de masculinité, à l'égard des fiefs, domaines et alleux nobles, et les partages inégaux, à raison de la qualité des personnes, sont abolis.

» En conséquence, l'assemblée nationale ordonne que toutes les successions, tant directes que collatérales, tant mobilières qu'immobilières, qui échoiront, à compter du jour de la publication du présent décret, seront, sans égard à l'ancienne qualité noble des biens et des personnes, partagées entre les héritiers, suivant les statuts et coutumes qui réglent les partages entre citoyens;

» Abroge et détruit toutes les lois et coutumes à ce contraires ;

» Excepte du présent décret ceux qui sont actuellement mariés ou veufs avec enfans, lesquels, dans les partages à faire entr'eux et leurs co-héritiers, de toutes les successions mobilières et immobilières, jouiront de tous les avantages que leur attribuent les anciennes lois ».

L'exception que contenait cet article en faveur des personnes mariées ou veuves avec enfans, ne fut pas de longue durée; elle fut abrogée, avec celle qui avait été introduite dans la loi du 8-13 avril 1791 portant abolition de toute inégalité et de toute exclusion coutumière dans les successions *ab intestat*, par un décret qui fut provoqué par M. Lanjuinais (1), et rendu le 4 janvier 1793.

Mais jusqu'où s'était-elle étendue pendant le court espace de temps qu'elle avait été en vigueur? N'avait-elle maintenu, au profit des personnes mariées ou veuves avec enfans à l'époque de la publication de la loi du 15-28 mars 1790, que les avantages attribués dans les fiefs à certains héritiers au préjudice de leurs co-héritiers, qui, du reste, étaient appelés à prendre des portions quelconques, soit dans ces biens, soit dans les autres biens de la même succession? Ou avait-elle également maintenu, en faveur de ces personnes, les droits de masculinité qui allaient jusqu'à faire exclure les filles du défunt par ses frères ou ses parens mâles de degrés plus éloignés; et en conséquence, dans une succession ouverte avant la publication de la loi du 4 janvier 1793, mais après celle de la loi du 15-28 mars 1790, le frère, marié ou veuf avec enfans, du dernier possesseur d'un fief *masculin*, en excluait-il ses filles, comme il les en aurait exclues, si l'ouverture de la succession eût précédé l'abolition du régime féodal?

Cette question s'est présentée depuis peu; et comme il est possible qu'elle se présente encore, il ne sera pas inutile de retracer ici la manière dont elle a été discutée et jugée.

Le 20 septembre 1791, décès de Christophe de Girardy, père d'une fille unique, et laissant, entr'autres biens situés en Alsace, la moitié indivise entre lui et son frère Thadée, marié et ayant deux enfans mâles, d'une ferme et de bois qui, avant l'abolition de la féodalité, formaient un *fief masculin*.

Thadée de Girardy étant mort quelques années après, ses enfans ont été assignés par leur cousine, fille de Christophe, en partage de la ferme et des bois.

Ils ont répondu que ces biens leur appartenaient en totalité comme héritiers de leur père, qui, en vertu de l'exception contenue dans l'art. 11 du titre 1er de la loi du 15-28 mars 1790, en faveur des personnes mariées ou veuves avec enfans, et révoquée seulement en 1793, avait recueilli seul et à l'exclusion de la demanderesse, la part du défunt dans le ci-devant fief masculin dont il s'agissait.

De son côté, la demoiselle de Girardy a soutenu que l'exception invoquée par ses adversaires, n'était établie qu'en faveur des héritiers venant à une Succession commune, et réclamant, en vertu des dispositions du droit féodal, des portions plus considérables que celles de leurs co-héritiers; et qu'elle était, dès-lors, inapplicable aux personnes qui n'étant pas appelées à une Succession, s'y présentaient, non pour réclamer des droits héréditaires, mais pour exercer des droits d'une autre nature dérivant du régime féodal et nécessairement abolis avec la féodalité.

Sur cette contestation, jugement du tribunal de première instance de Schelestadt, du 20 novembre 1817, qui ordonne le partage par moitié entre la fille de Christophe et les enfans de Thadée.

Appel de la part de ceux-ci; et le 24 novembre 1819, arrêt de la cour royale de Colmar, qui prononce en leur faveur,

« Attendu que l'ensemble des titres produits par les appelans, justifie suffisamment que les biens dont il s'agit, sont de *nature féodale*, et qu'ils sont une dépendance du *fief masculin* de *Limbourg*, que possédait la famille de Girardy depuis longues années;

» Attendu, en droit, que, quoiqu'à l'époque de la mort de Christophe, père de l'intimée, au 20 septembre 1791, le régime féodal

(1) Moniteur du 6 janvier 1793, page 26, col 3.

fût aboli en France, cependant cette abolition n'a pu nuire au *droit de Succession* de Thadée de Girardy *aux fiefs*, en conformité de la deuxième partie de l'art. 11 du décret du 15 mars 1790 et des art. 5, 6, 7, 8 et 9 de la loi du 13 avril 1791;

» Attendu qu'à l'époque de la mort de Christophe, son frère Thadée était *marié* et avait *deux enfans*; ce qui le plaçait dans l'*exception* formelle de ces lois, et laissait subsister à son profit la *Succession féodale*, comme si ces lois n'étaient pas intervenues;

» Que, si le décret du 4 janvier 1793 est venu abroger les exceptions contenues aux articles que l'on vient de rappeler, cette abrogation ne peut profiter à l'intimée, puisqu'elle est postérieure de plus de quinze mois au décès de son père; que la loi n'a pas d'effet rétroactif; et qu'ainsi, cette Succession, d'après le principe que *le mort saisit le vif*, ne saurait être gouvernée que par les lois alors en vigueur ».

Mais la demoiselle de Girardy se pourvoit en cassation, et soutient que l'art. 11 du tit. 1er de la loi du 15-28 mars 1790 n'a nullement conservé aux personnes alors mariées ou veuves avec enfans, le privilége réclamé par ses adversaires.

« Cet article (dit-elle) débute par déclarer *abolis* tous droits d'aînesse et de masculinité, dans les *partages de Successions*, à raison de la qualité des biens reputés nobles et des personnes.

» Puis, il ajoute qu'en conséquence, *dans toutes Succesisons, tant directes que collatérales*, qui échoiront à l'avenir, les *Successions* seront partagées, sans égard à l'ancienne qualité noble des biens et des personnes, *entre les héritiers*, suivant les lois et coutumes qui règlent les partages entre tous les citoyens.

» Il est bien clair que, dans ces deux premières dispositions, la loi n'a en vue que les droits purement *héréditaires*, que les droits qui, dans les Successions, sont réclamés par les héritiers à *titre purement héréditaire*, en leur seule qualité d'*héritiers*, et en vertu des lois sur l'ordre des successions.

» Vient ensuite l'exception : *néanmoins* ceux (les héritiers) *qui sont actuellement mariés, ou veufs avec enfans, dans les partages à faire entr'eux et leurs* co-héritiers, *de toutes successions, directes ou collatérales qui pourront leur échoir, jouiront des avantages que leur assurent les anciennes lois.*

» N'est-il pas manisfeste, que, dans cette dernière disposition exceptionnelle, le législateur n'a eu en vue que les droits et avantages des co-héritiers les uns à l'égard des autres, c'est-à-dire, des parens qui sont sur la même ligne, à un égal degré de proximité du défunt, venant concurremment à une Succession *à titre purement successif ou héréditaire?*

» C'est à l'égard de ces *co-héritiers* seulement, que la loi dit que ceux qui, par les anciennes lois, étaient appelés à avoir une part avantageuse dans telle Succession future, et qui se trouvaient actuellement *mariés ou veufs avec enfans*, auront encore droit aux mêmes *avantages* dans cette Succession, encore qu'elle ne vienne à s'ouvrir que postérieurement au nouveau régime.

» Pour avoir droit au bénéfice de cette exception, la première condition est d'être *héritier, co-héritier*, dans la succession dont il s'agit; de venir à cette succession comme *héritier*, de n'y réclamer une part, un avantage, qu'en qualité d'*héritier*, ou à titre purement *héréditaire*.

» Or telle n'était pas la position de Thadée de Girardy, à l'époque du décès de son frère Christophe, décédé laissant une fille, une fille qui était sa seule et unique héritière.

» Thadée n'était nullement *l'héritier* de son frère Christophe, et n'a jamais prétendu l'être; Thadée n'était pas le *co-héritier* d'Antoinette de Girardy, fille de Christophe.

» Encore une fois, jamais en Alsace, pas plus que dans aucune autre province de France, les frères d'un défunt n'ont été réputés ses héritiers, alors qu'il avait laissé des enfans. Jamais ils ne sont venus à sa Succession en concurrence avec ceux-ci, en qualité de *co-héritiers*.

» S'ils y sont venus réclamer la distraction de quelques-uns de ses biens, ce n'a jamais été qu'à un titre tout autre que celui de *co-héritier*.

» Dans l'espèce, et dans le système de l'arrêt, Thadée aurait eu droit de prendre les biens en question à titre d'un prétendu *droit de réversion*, à raison de ce que ces biens auraient été autrefois dépendans d'un *fief masculin*.

» Mais ce droit de réversion serait tout autre chose que le *droit héréditaire*, que le droit de *part avantageuse* dont il est question dans le troisième membre de l'art. 11.....

» Un tel privilége aurait été, non pas un droit d'hérédité, non pas une part avantageuse dans une Succession, mais une sorte de *confiscation* de la chose d'autrui, une sorte de *main-mise souveraine* sur l'héritage d'un citoyen, au préjudice de ses héritiers naturels et légitimes.....

» D'où pouvait dériver ce privilége.....? Uniquement de ce que l'immeuble aurait été censé primitivement érigé en titre de *fief* et exclusivement affecté aux *mâles* de la famille, comme étant les seuls capables du service militaire, seuls capables de remplir les devoirs du fief envers le seigneur Suzerain.

» Eh bien! A compter du 4 août 1789, tous les fiefs de cette nature ont cessé d'être chargés d'un pareil service; tous ont cessé d'être fiefs; tous ont été convertis en simples *alleux*, en simples *propriétés foncières; tous ont été affranchis des lois de la féodalité, et sont restés soumis aux seules lois des propriétés ordinaires.*

» Donc, plus de motifs pour admettre encore, après cette grande réforme, les *mâles* d'une famille, simples collatéraux d'un possesseur de ci-devant fief, à venir s'emparer de sa propriété, au préjudice de ses propres *filles.*

» Car ce ne serait plus conserver à des héritiers présomptifs un droit héréditaire, une part avantageuse de Succession sous l'expectative de laquelle ils auraient été mariés; ce serait proroger, perpétuer un véritable droit de confiscation, de prehension, de spoliation, contraire à toutes les maximes d'humanité, de justice et de raison ».

La demoiselle de Girardy aurait pu ajouter que la question était tranchée par l'art. 7 de la loi du 8-13 avril 1791.

En effet, cette loi, après avoir aboli, art. 1er, « toute inégalité ci-devant résultant, » entre héritiers *ab intestat*, des qualités » d'aînés ou de puinés, de la distinction des » sexes ou des exclusions coutumières »;

Après avoir, art. 5, déclaré communes à toutes Successions directes et collatérales, mobilières et immobilières et à toutes les espèces de biens, « les exceptions contenues » dans l'art. 11 du décret du 15 mars 1790, » en faveur des personnes mariées ou veuves » avec enfans »;

Après avoir, art. 6, défini ce qu'on doit entendre, en cette matière, par les mots *personnes mariées ou veuves avec enfans;*

Cette loi ajoute, art. 7 : « lorsque ces » personnes auront pris *les parts à elles ré-* » *servées* par lesdites exceptions, *leurs co-* » *héritiers* partageront entr'eux *le restant* » *des biens*, en conformité du présent décret ».

Aussi les défendeurs à la demande en cassation de la demoiselle de Girardy ont-ils vainement lutté contre les conséquences qui résultaient pour elle tant de cet article que de la loi du 15-28 mars 1790. Par arrêt du 3 juin 1823, au rapport de M. Trinquelagne et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Vu l'art. 11 de la loi du 15-28 mars 1790 et les art. 1, 5, 6 et 7 de la loi du 8-13 avril 1791....;

» Attendu que la moitié des biens dont il s'agit, faisait partie de la succession *ab intestat* de Christophe de Girardy, mort en 1791;

» Que, de droit commun, cette Succession appartenait en entier à Antoinette de Girardy, fille du défunt, à l'exclusion de Thadée de Girardy, qui n'en était que le frère;

» Que la féodalité ayant été précédemment abolie, ainsi que tous les priviléges qui en dérivaient, Thadée n'aurait pu y prétendre des droits à raison des biens qui y étaient compris, qu'autant qu'il se serait trouvé dans le cas des exceptions portées par les lois ci-dessus citées;

» Attendu qu'il résulte manifestement de ces lois, que les exceptions qu'elles énoncent, ne concernent que les héritiers présomptifs du dernier possesseur du fief; qu'elles disposent dans l'hypothèse d'une Succession commune, au partage de laquelle seraient appelés des parens en égal degré, et dont certains auraient droit à des portions plus avantageuses, d'après les lois féodales abolies;

» Que les expressions d'*héritiers*, de *co-héritiers*, d'*aîné*, de *puîné*, d'*héritiers en égal degré*, dont le législateur se sert, ne laissent aucun doute sur ce point;

» Qu'en circonscrivant dans ce cercle les exceptions qu'il admet, il a voulu empêcher que des parens éloignés vinssent exercer, au préjudice de parens plus proches, les priviléges d'un régime proscrit,

» Qu'on ne peut pas supposer, avec la cour royale de Colmar, que les expressions qu'il a employées, se rapportent à des Successions féodales, puisque la féodalité n'existait plus; qu'il faut donc les prendre dans leur sens ordinaire; et qu'alors, les exceptions dont il s'agit, ne peuvent avoir lieu que dans les cas que ce sens indique;

» Attendu que Christophe de Girardy ayant laissé une fille, Thadée, son frère, n'était pas son héritier; et qu'entre l'oncle et la nièce, il n'y avait aucun partage à faire de sa Succession;

» Que, dès-lors, les exceptions portées par les articles ci-dessus, ne pouvaient pas être appliquées à Thadée; qu'il n'avait donc acquis ni transmis à ses enfans aucun droit sur la moitié des biens litigieux ayant appartenu à son frère; et qu'en jugeant le contraire, la

cour royale de Colmar a faussement interprété et formellement violé lesdits articles;

« La cour casse et annulle..... (1) ».

Art. II. *De la Succession des descendans déférée aux ascendans.*

Pour mettre dans tout son jour la matière de la Succession des ascendans à leurs enfans, il est à propos de la considérer sous quatre faces, c'est-à-dire,

Par rapport au droit romain,

Par rapport au droit coutumier,

[[Par rapport à la loi du 17 nivôse an 2,

Et par rapport au Code civil.]]

I. Le dernier état du droit romain sur la Succession des ascendans à leurs enfans, est consigné dans le chap. 2 de la novelle 118, dont voici la traduction littérale :

« Si le défunt ne laisse point d'héritiers descendans, et que son père, sa mère, ou d'autres ascendans lui survivent, nous voulons que ceux-ci soient préférés à tous les parens collatéraux, hors les frères germains, ainsi qu'il sera déclaré ci-après. S'il se trouve plusieurs ascendans, on préférera les plus proches, sans distinguer les mâles d'avec les femelles, ni ceux du côté paternel d'avec ceux du côté maternel.

» S'ils sont au même degré, la Succession se partagera entre eux également, de manière cependant que les ascendans du côté paternel, en quelque nombre qu'ils soient, en prendront la moitié, et que l'autre moitié appartiendra aux ascendans du côté maternel, n'importe combien il s'en trouvera.

» Et si avec les ascendans concourent des sœurs ou des frères germains du défunt, ils seront admis à succéder concurremment avec eux, de manière que, si c'est le père ou la mère, la Succession sera partagée par têtes, et ceux-ci prendront, ainsi que les frères, chacun leur portion virile.

» Mais en ce cas, le père n'aura aucun droit à l'usufruit des biens qui seront échus, soit à son fils, soit à sa fille, parcequ'au lieu de cet usufruit, nous lui donnons, par ces présentes, un droit de Succession, et par suite une propriété.

» Voulons, au surplus, qu'il n'y ait aucune différence entre toutes ces personnes que nous appelons à l'hérédité, soit qu'elles soient mâles ou femelles, soit qu'elles tirent d'un mâle ou d'une femelle leur parenté au défunt, soit enfin que celui-ci ait été en puissance de père, ou émancipé lors de son décès ».

Il n'est point parlé dans ce texte, du cas où l'un des frères du défunt serait prédécédé et aurait laissé des enfans. Mais la novelle 127 supplée à son silence, en statuant que, dans ce cas, le fils ou la fille du frère prédécédé représentera son père.

Ces deux novelles laissent plusieurs difficultés indécises.

1° Elles ne disent pas si les biens de l'enfant décédé doivent se partager confusément entre le père et la mère, ou si le premier doit avoir les biens paternels, et la seconde ceux du côté maternel. Lebrun, liv. 1, chap. 5, sect. 1, assure que plusieurs embrassent ce dernier parti, et lui-même paraît l'approuver. Mais on ne voit pas sur quoi peut être fondée cette opinion. Les deux novelles parlent en général; elles ne font aucune distinction des biens ni des lignes dont ils peuvent venir; conséquemment, on ne doit pas non plus distinguer. *V.* l'article *Paterna Paternis*, sect. 1.

2° La novelle 118 décide bien que le frère germain concourant avec le père et la mère, prendra un tiers de la Succession; et que les deux tiers restans appartiendront, l'un au premier, et l'autre à la deuxième; mais il ne parle pas du concours du frère germain avec les aïeuls.

Par exemple, un défunt a laissé pour héritiers un aïeul paternel, un aïeul et une aïeule maternels, et un frère. Faut-il, dans cette espèce, donner un tiers de l'hérédité à l'aïeul paternel, un tiers aux deux ascendans maternels, pour le répartir entre eux, et un tiers au frère germain? Ou ne doit-on pas plutôt, en se conformant autant qu'il est possible aux dispositions de la novelle 118, borner le frère à un quart, parcequ'il n'est appelé que par tête, et donner les trois autres quarts aux divers ascendans, pour les diviser entre eux par souches, parcequ'en effet la novelle veut indistinctement qu'ils partagent de cette manière.

Il y a en faveur de cette dernière opinion, un arrêt du parlement de Toulouse, de l'an 1599, qui est rapporté par le président Maynard, liv. 5, chap. 93.

Lebrun critique cette décision, mais d'une manière qui ne paraît guère capable de l'ébranler.

Il dit d'abord que « l'authentique *defuncto*, » établissant le partage par têtes, quand les » frères concourent, suppose en général qu'ils » concourent, non avec le père et la mère » précisément, mais avec les ascendans ». Mais en raisonnant de la sorte, Lebrun ne

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 25, page 249.

fait pas attention que les *Authentiques*, ouvrage d'un docteur allemand, ne sont que des extraits des novelles, et n'ont par conséquent d'autorité, qu'autant qu'elles sont conformes au texte des novelles même.

Lebrun ajoute que ces termes du législateur, *uti ascendentium et fratrum singuli æqualem habeant portionem*, « semblent décider que toutes les fois qu'il y a des ascendans et des frères des deux côtés, ils viennent tous par têtes ». Mais si ces termes sont indéfinis par eux-mêmes, ils cessent bien de l'être dès qu'on les rapproche du reste de la phrase; et c'est alors qu'on aperçoit clairement la restriction du partage par têtes au cas où ce sont le père et la mère qui concourent avec le frère germain. Voici la disposition et les propres paroles de la novelle : *Si verò cùm ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cùm proximis gradu ascendentibus vocabuntur,* SI ET PATER ET MATER FUERINT, *dividendâ inter eos quippè hereditate secundùm personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli æqualem habeant portionem.*

Au surplus, l'arrêt dont Lebrun combat la décision, est encore suivi au parlement de Toulouse. C'est ce qu'atteste Serres, dans ses *Institutions au Droit français*, liv. 3, tit. 1; mais on juge le contraire au parlement de Bordeaux, suivant La Peyrère, lettre S, n° 260, édition de 1706, et l'auteur des *Maximes journalières*, au mot *Succession*, n° 2.

3° La novelle 127 appelle, comme nous l'avons dit, les neveux du défunt concurremment avec ses frères et ses ascendans; mais elle ne dit rien des petits-neveux : que faut-il donc décider à leur égard?

Serres, à l'endroit cité, met en principe, « qu'ils ne peuvent pas succéder avec les ascendans et les frères du défunt...., attendu » même qu'en Succession collatérale, la représentation n'a point lieu au-delà des frères » et des enfans des frères ».

4° Mais les neveux seraient-ils admis avec les ascendans, s'il ne se trouvait point de frère ou de sœur qui concourût avec eux?

Lebrun décide que non. « La novelle 127 » (dit-il) n'a corrigé la novelle 118, qu'en ce » que celle-ci ne donnait point le droit de » représentation au neveu, quand il y avait » des frères et des ascendans concurremment; mais bien quand il venait en concurrence avec des frères seulement; ce qui » est marqué expressément dans la préface de » cette novelle 127.... Ainsi, dans le chap. 1, » elle présuppose ce même concours des ascendans, des frères et du neveu, et établit, » en corrigeant la novelle 118, que dorénavant, dans ce même concours des ascendans, des frères et du neveu, celui-ci sera » admis ».

Malgré ces raisons, on assure que divers arrêts du parlement de Paris ont jugé en faveur du neveu concourant seul avec les ascendans; mais en même temps on convient qu'il a toujours été exclu aux parlemens de Toulouse et de Bordeaux.

Tels sont les principaux points du droit écrit sur la Succession des ascendans à leurs enfans.

II. Voyons maintenant quelles sont, sur le même objet, les dispositions de nos coutumes.

On conçoit aisément qu'elles doivent être fort variées; aussi en distinguons-nous jusqu'à douze espèces.

1° La coutume de Paris, celle d'Orléans et un très-grand nombre d'autres appellent les ascendans seuls et sans concours des frères ni des sœurs, à la Succession des meubles et acquêts du défunt qu'ils partagent entre eux par têtes. *V.* l'article *Représentation (droit de)*. A l'égard des propres, ils en sont régulièrement exclus; mais il est bien des cas où ils y ont droit. *V.* les articles *Paterna Paternis*, et *Réversion*.

2° La coutume d'Anjou, art. 270, défère au père et à la mère la Succession des meubles, et ne leur donne dans les immeubles qu'un droit d'usufruit. Elle traite encore plus mal les aïeuls, car elle les exclud de tout.

3° La coutume d'Angoumois, art. 86 et 87, donne les meubles aux ascendans, et les immeubles, propres ou acquêts, aux collatéraux; mais à défaut de ceux-ci, elle laisse tout aux ascendans.

4° Dans la coutume de Saintes, art. 97, les meubles appartiennent au père et à la mère par préciput, et les acquêts se partagent entre eux et les frères ou sœurs.

5° Il y a trois coutumes qui ont adopté en partie les dispositions du chap. 2 de la novelle 118 : ce sont celles de Bourbonnais, de Bourgogne, et de Ribemont en Vermandois.

La première décide, art. 314, que « les ascendans ne sont héritiers et ne succèdent » à leurs descendans en directe ligne, réservé » les pères et mères, aïeuls ou aïeules paternels ou maternels respectivement, lesquels » ou l'un d'eux, après le décès de l'autre, » succèdent à leurs enfans *ès biens meubles et* » *aux acquêts* faits par leursdits enfans décé-

» dès, *avec leurs autres frères ou sœurs, ou* » *leurs enfans, par égale portion :* et s'il n'y » a frères ou sœurs germains, ou enfans des- » cendans d'eux, lesdits père ou mère, aïeul ou » aïeule des susdits, sont entièrement hé- » ritiers desdits meubles et conquêts, et en » forcluent les frères et sœurs utérins et pa- » ternels, et autres parens : et font lesdits » père et mère, ou en défaut d'eux, l'aïeul ou » aïeule, chacun un chef, et lesdits frères et » sœurs germains, chacun un autre, et les » enfans desdits frères ou sœurs germains, un » chef seulement, posé qu'ils fussent plu- » sieurs ».

Cet article déroge, comme l'on voit, à la novelle 118, en deux points : le premier, en ce qu'il exclud le bisaïeul du droit de succéder à son arrière petit-fils; le second, en ce qu'en accordant ce droit au père et à la mère, à l'aïeul et à l'aïeule, il en limite l'exercice aux meubles et acquêts.

Ce même article décide trois des questions que nous avons agitées plus haut sur le sens de la novelle 118, par rapport au concours des frères et des neveux avec les ascendans.

D'abord, il déclare que les *descendans* des frères doivent être admis dans ce concours; et comme le mot *descendans* s'entend aussi bien des petits-fils que des enfans du premier degré, il est clair qu'il ne donne pas aux petits-neveux l'exclusion que la novelle 118 prononce implicitement à leur désavantage.

En second lieu, il fait concourir les neveux et les petits-neveux avec les ascendans, soit qu'il se trouve des frères, soit qu'il n'y en ait point.

Enfin, dans le cas du concours avec les frères ou enfans des frères, il admet le partage par têtes entre les aïeuls, comme entre le père et la mère.

La coutume de Bourgogne restreint également aux meubles et acquêts, le droit de succéder qu'elle accorde aux ascendans. Mais du reste, elle est plus conforme à l'esprit de la novelle 118 que la coutume de Bourbonnais. Voici ce qu'elle porte, chap. 7, art. 14 : « Et » au regard des autres biens meubles et ac- » quêts faits par lesdits enfans, leur père et » mère y succéderont avec leurs frères et » sœurs, et les enfans desdits frères et sœurs, » et non autres, *selon forme de droit* ».

La coutume de Ribemont en Vermandois s'explique à peu près de même, si ce n'est qu'elle étend jusqu'aux petits-neveux le droit que la novelle 118 accorde aux neveux de concourir avec leurs ascendans et leurs oncles. Voici comment elle est conçue, art. 47 : « Les père et mère, aïeul ou aïeule, ou » autres ascendans, succèdent ès biens meu- » bles, acquêts et conquêts immeubles de » leurs enfans, neveux et arrière-neveux » étant décédés sans hoirs procréés de leurs » corps *avec leurs autres enfans*, neveux et » arrière-neveux ».

Ces termes, *avec leurs autres enfans*, désignent-ils tous les frères du défunt indistinctement, ou doit-on, conformément à la novelle 118, en restreindre le sens aux frères germains ?

Par arrêt du parlement de Paris, du 17 avril 1636, rapporté dans le recueil de Bardet, tome 2, liv. 5, chap. 17, il a été jugé que les frères germains étaient les seuls appelés par ces termes.

6° La coutume d'Auvergne, titre *des Successions*, art. 3, donne aux ascendans les immeubles et les meubles, *autrement avenus que par hoirie* AB INTESTAT. On reconnaît, dans cette restriction, l'esprit d'une autre disposition de cette coutume, qui affecte les meubles au côté et ligne dont ils procèdent. *V.* l'article *Paterna Paternis*, §. 4.

7° La coutume de Bayonne est là-dessus fort singulière. Elle porte, tit. 12, art. 10 et 11, « qu'en défaut des descendans, ès biens » acquis par le décédé, sans faire testament, » succède *en la moitié* de tels biens celui des » père ou mère qui sont en vie, ou tous » les deux par égales parties, s'ils sont en vie » au même temps du décès de l'enfant acqué- » rant, *et l'autre moitié est exposée pour* » *l'ame du défunt*, les frères et sœurs du » défunt totalement exclus ».

8° Le comté de Vaudemont a un usage plus singulier encore. Le père et la mère n'y succèdent pas même aux meubles de leurs enfans; c'est ce qu'a jugé, après enquête par turbes, un arrêt du parlement de Metz, du 13 décembre 1672, rapporté au *Journal du Palais*.

9° Il y a plusieurs coutumes qui, en admettant le père et la mère à la Succession des meubles et des acquêts, établissent entre eux un ordre de préférence pour les fiefs de cette dernière qualité, parcequ'il est dans leurs principes de donner toujours les biens féodaux aux mâles, à l'exclusion des femelles qui ne les précèdent pas en degré : telles sont Artois, art. 98 et 107; Hainaut, chap. 92, art. 1; Cambrai, tit. 1, art. 20, etc.

10° La coutume d'Acqs contient quelques dispositions rédigées dans le même esprit, mais diversement modifiées.

Elle veut, tit. 2, art. 23, que, dans les acquêts « *nobles ou situés ès lieux où le mâle* » *succède, la femelle exclue*, l'ascendant

» mâle le plus proche succède, et qu'en » défaut de mâle, la plus proche des fe- » melles ascendantes succède universelle- » ment ». L'art. 24 ajoute que, dans les biens *ruraux* « acquis par le défunt ès lieux » où tous ceux qui sont en pareil degré » succèdent, les ascendans en droite ligne, » qui sont en pareil degré, succèdent par » têtes; et s'ils ne sont en pareil degré, le » plus proche desdits ascendans succède ».

L'art. 25 déclare que, dans les cas où l'ascendant mâle exclud la femelle, il est dû à celle-ci une légitime *ès biens acquis par son fils, ou en héritages ou en argent, au choix du succédant.*

L'art. 26 ajoute que, si le défunt a laissé des frères ou des sœurs, ils seront admis avec les ascendans, « *comme le droit commun* » *veut,* gardée toutefois la distinction et » différence que la coutume fait entre héri- » tages nobles ou autres, assis ès lieux où le » mâle exclud la femelle ès biens ruraux assis » en autres lieux ».

11° Dans la coutume de la châtellenie de Lille, tit. 2, art. 54, le père succède aux meubles, à l'exclusion de la mère, et l'aïeul à l'exclusion de l'aïeule du même côté : mais « s'il y a grand-père d'un côté, et grand'mère » de l'autre, ils succèdent chacun par moitié ».

A l'égard des acquêts, l'art. 2 du même titre veut que les collatéraux en excluent les ascendans.

12° La coutume de Normandie exclud les ascendans, *tant qu'il y a aucun descendu d'eux vivant.* Ce sont les termes de l'art. 241.

Ainsi, le père ne peut succéder au préjudice d'un frère même utérin : c'est ce qu'a jugé un arrêt du 17 décembre 1649, rapporté par Basnage, tome 1, page 523, édition de 1778.

Mais, suivant l'art. 242, les pères et mères excluent les oncles et tantes de la Succession de leurs enfans. La raison en est, que l'oncle ne descend pas du père, et n'est conséquemment pas compris, à son égard, dans le nombre de ceux à qui l'art. 241 accorde la préférence sur les ascendans.

Par la raison contraire, les oncles et les tantes qui descendent de l'aïeul, succèdent à son exclusion. L'art. 242 le décide expressément ainsi, et sa disposition a été confirmée par un arrêt du 10 juillet 1742. « La cour » (dit l'annotateur de Basnage) adjugea la » Succession de François Auvray à Pierre et » Jean Auvray, ses oncles paternels, au pré- » judice de Charles Thierry, son aïeul ma- » ternel ».

A l'égard des ascendans entre eux, l'art. 325 porte que « le père préfère la mère en la » Succession des meubles, acquêts et con- » quêts de leurs fils ou filles, et la mère pré- » fère les aïeuls ou aïeules paternels ou ma- » ternels ». Les art. 326 et 327 ajoutent que « l'aïeul paternel préfère le maternel en ladite » Succession, et que l'aïeule paternelle pré- » fère l'aïeul et l'aïeule maternels ».

13° Dans la coutume de Toulouse, le père et les collatéraux paternels excluent la mère de la Succession de son fils. « Notre parle- » ment (dit Catellan, liv. 2, chap. 65) a » restreint, autant qu'il a cru le pouvoir, la » rigueur de ce statut. Ses arrêts ne souffrent » pas que cette exclusion s'étende aux biens » qui sont sis hors du gardiage; et la mère, » suivant le droit commun, succède *ab in-* » *testat* aux biens de son fils qui sont hors de » ce district. Dans les cas favorables, nous » donnons une plus grande étendue à l'au- » torité de notre coutume, et elle comprend » toute la viguerie, c'est-à-dire, tout le ter- » ritoire du viguier, juge royal ordinaire; » mais, dans ce cas-ci, nous resserrons cette » coutume dans les bornes du gardiage, » territoire beaucoup moins étendu, dépen- » dant de l'autorité des capitouls, à l'exclu- » sion de tous autres officiers populaires ».

[[III. La loi du 17 nivôse an 2 avait établi, pour la Succession des ascendans, des règles qu'elle avait puisées en partie dans le droit romain, et en partie dans la coutume de Normandie.

Après avoir posé, art. 62, un principe commun à la Succession des ascendans et à celle des collatéraux, savoir, que « la loi ne » reconnaît aucune différence dans la nature » des biens ou dans leur origine, pour en » régler la transmission », elle ajoutait :

« 69. Si le défunt n'a laissé ni descen- » dans, ni frères ou sœurs, ni descendans de » frères ou de sœurs, ses père ou mère ou le » survivant d'entre eux lui succèdent ».

IV. Le Code civil ne déroge qu'à l'une de ces dispositions, à celle qui faisait exclure l'ascendant par les collatéraux descendans de lui ou d'un autre ascendant au même degré. Voici ses termes :

« Art. 732. La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la Succession.

» 733. Toute Succession échue à des ascendans ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales : l'une pour les parens de la ligne paternelle, l'autre pour les parens de la ligne maternelle.

» Les parens utérins ou consanguins ne

sont pas exclus par les germains; mais ils ne prennent part que dans leur ligne, sauf ce qui sera dit à l'art. 752. Les germains prennent part dans les deux lignes.

» Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes.

» 734. Cette première division opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre les diverses branches; mais la moitié dévolue à chaque ligne, appartient á l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degrés, sauf le cas de la représentation, ainsi qu'il sera dit ci-après.

» 741. La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendans; le plus proche, dans chacune des deux lignes, exclud toujours le plus éloigné.

» 746. Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendans d'eux, la Succession se divise par moitié entre les ascendans de la ligne paternelle et les ascendans de la ligne maternelle. L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche, recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous autres. Les ascendans au même degré succèdent par têtes.

» 747. Les ascendans succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfans ou descendans décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la Succession. Si les objets ont été aliénés, les ascendans recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.

» 748. Lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité, lui ont survécu, si elle a laissé des frères, sœurs ou des descendans d'eux, la Succession se divise en deux portions égales, dont moitié seulement est déférée au père et à la mère, qui la partagent entre eux également. L'autre moitié appartient aux frères, sœurs ou descendans d'eux, ainsi qu'il sera expliqué dans la sect. 5 du présent chapitre.

» 749. Dans le cas où la personne morte sans postérité, laisse des frères, sœurs ou des descendans d'eux, si le père ou la mère est prédécédé, la portion qui lui aurait été dévolue conformément au précédent article, se réunit à la moitié déférée aux frères, sœurs ou à leurs représentans, ainsi qu'il sera expliqué à la sect. 5 du présent chapitre ».

V. ci-après, art. 3, n° 3.]]

Art. III. *De la Succession des collatéraux déférée à leurs parens en ligne collatérale.*

I. La règle générale [[de l'ancien droit]], pour l'ordre de la Succession des collatéraux, est que les parens les plus proches y viennent ensemble, et excluent ceux qui sont dans un degré plus éloigné,

Mais cette règle est modifiée de six manières différentes,

1° Par le droit de représentation,

2° Par le privilége du double lien,

3° Par la maxime *paterna paternis*,

4° Par la *fente* des meubles et acquêts en deux lignes,

5° Par les prérogatives de l'aînesse,

6° Par celles de la masculinité.

De ces six exceptions, les cinq premières sont suffisamment développées aux mots *Aîné*, *Primogéniture*, *Double lien*, *Paterna paternis* et *Représentation*. Il reste à parler de la sixième.

Les mâles ont, dans les Successions dont il s'agit, deux sortes de privilèges sur les femelles : l'un est de droit commun, l'autre est particulier à quelques coutumes.

Le premier est celui qui a pour objet les fiefs. « En succession ou hoirie en ligne collatérale en fief, les femelles n'héritent » point en pareil degré ». C'est la disposition de la coutume de Paris, art. 25, et d'une infinité d'autres. On a traité au mot *Représentation*, le plus grand nombre de questions qu'elle peut faire naître.

Nous venons de dire qu'elle est de droit commun; mais cette règle a ses exceptions, comme toutes les autres.

La coutume d'Auxerre, art. 52, porte « qu'en Succession collatérale, succèdent les » mâles et les femelles étant en pareil degré, » aux fiefs par égale portion ».

La coutume du Grand-Perche, art. 157, distingue les fiefs propres des fiefs acquêts; et elle veut que, dans les premiers, les mâles excluent les femelles; mais que, dans les autres, les femelles succèdent également avec les mâles.

Dans la coutume de Troyes, les Successions des nobles sont les seules dans lesquelles les mâles excluent les femelles des fiefs; entre roturiers, ces biens se partagent sans prérogatives de sexe. C'est ce que prouve l'art. 15 de cette coutume, combiné avec le titre sous lequel il est placé; et c'est ce que, lors d'un arrêt du 26 mai 1637, inséré dans le recueil de Bardet, on justifiait par un arrêt rendu en

1622, et par un acte de notoriété du bailliage de Troyes.

L'autre privilége dont nous avons à parler, a pour objet, ou les meubles et les rotures tout ensemble, ou les rotures seulement; mais les coutumes qui l'admettent, ne sont pas en grand nombre, ni même d'accord entr'elles : ce sont celles de la châtellenie de Lille, du chef-lieu de Mons, d'Acqs et de Normandie.

La coutume de la châtellenie de Lille porte, tit. 2, art. 26, « qu'héritages cottiers patrimoniaux succèdent, en défaut de descendans, aux prochains parens en ligne collatérale du trépassé, du lez et côté dont ils procèdent, les mâles excluant les femelles en pareil degré. » *V.* l'article *Demoiselage*.

La coutume du chef-lieu de Mons, chap. 2, donne au frère une double part contre sa sœur dans la Succession des *mainfermes* ou rotures censuelles de leur frère décédé.

Dans la coutume d'Acqs, il est certains cantons où l'*aîné mâle succède universellement*. C'est ce que porte l'art. 27 du tit. 2 de cette coutume.

La coutume de Normandie est la plus favorable de toutes à la masculinité : elle porte, art. 248, « qu'en Succession de propres, tant qu'il y a mâles ou descendans des mâles, les femelles ou descendans des femelles ne peuvent succéder, soit en ligne directe ou collatérale ».

Par l'art. 309, qui ne concerne que les meubles et acquêts, « les frères excluent les sœurs; et les descendans des frères excluent les descendans des sœurs étant en pareil degré ».

L'art. 314 déclare que « le frère de père ou de mère, seulement, préfère les sœurs de père et de mère ».

L'art. 317 veut qu'*en ladite Succession*, il y ait *représentation de sexe;* et qu'en conséquence, les *descendans des frères préfèrent les descendans des sœurs étant en pareil degré*.

On voit, par ces dispositions, que la coutume de Normandie considère moins, dans la préférence dont il s'agit, le sexe de l'héritier collatéral qui se trouve appelé à une Succession, que celui de l'auteur de la tige dont il descend. Cet esprit éclate encore dans l'art. 328, suivant lequel les sœurs utérines du père, comme tantes paternelles de leurs neveux et nièces, excluent des meubles et acquêts de ceux-ci, les oncles et les tantes maternels.

On a prétendu, en conséquence de cet article, qu'un oncle utérin devait exclure la tante germaine de la succession des meubles et acquêts de son neveu, mais ce système a été proscrit par un arrêt du 22 mars 1678, qui est rapporté dans le commentaire de Basnage. « C'est mal à propos (disait le défenseur » de la tante) que l'adversaire invoque l'art. » 328, pour en inférer qu'il est oncle paternel du défunt, sous prétexte qu'il porte que » *les sœurs utérines du père sont tantes paternelles de leurs neveux et nièces;* car il porte » que ce n'est qu'à l'effet d'exclure les oncles » et les tantes maternels, mais non pas pour » priver les parens paternels, comme est la » tante germaine; étant à remarquer que la » cour n'a jamais étendu les dispositions de » la coutume en faveur des utérins, au-delà » des cas singuliers qui y sont exprimés ».

Denisart nous a conservé un arrêt du parlement de Paris, qui décide une question fort remarquable sur le privilége des mâles en Normandie. Il s'agissait de savoir si ce privilége n'a lieu que quand le chef de la tige est un mâle, et si, en conséquence, il doit cesser lorsque la tige a pour chef une femelle. La cour a adopté la négative « par arrêt rendu » le 2 juillet 1759, à la deuxième chambre des » enquêtes, au rapport de M. de Beze de Lis. » Dans cette espèce, tous les prétendans droit » à la Succession du sieur Auger de Memont, » descendaient d'Anne Auger, sa tante : Anne » Auger avait eu des enfans mâles et des filles : les descendans des filles prétendaient » succéder avec les descendans des mâles : » tous étaient au même degré; l'arrêt, en » confirmant la sentence du bailliage de Rumigny en Vermandois, qui avait confirmé » celle de Bogny-Martinzart, n'admit que les » descendans des mâles à la Succession ».

[[II. Le privilége de la masculinité, dans les Successions collatérales, a été aboli, quant aux fiefs, par l'art. 11 du tit. 2 de la loi du 15-28 mars 1790.

Il l'a été, quant aux mainfermes du chef-lieu de Mons, par l'art. 13 du même titre de la même loi. (*V.* l'article *Franc-alleu*, §. 32).

Et il l'a été, quant aux autres biens, par l'art. 1 de la loi du 8-13 avril 1791. [[*V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Succession*, §. 6 et 7.]]

III. Voici, au surplus, les règles que la loi du 17 nivôse an 2 avait établies pour l'ordre des Successions en ligne collatérale :

« Art. 62. La loi ne reconnaît aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine, pour en régler la transmission.

» 75. Les parens collatéraux succèdent, lorsque le défunt n'a pas laissé de parens en ligne directe.

» 76. Ils succèdent même au préjudice de ses ascendans, lorsqu'ils descendent d'eux ou d'autres ascendans au même degré ».

Les articles suivans sont rapportés sous les mots *Représentation (droit de)*, sect. 3, §. 2.

IV. Le Code civil nous présente les mêmes dispositions, mais il les modifie de deux manières : 1° en ce qu'il fait, dans certain cas, concourir les frères, les sœurs et leurs enfans avec les ascendans; 2° en ce qu'il restreint, aux descendans des frères et des sœurs, la représentation que la loi du 17 nivôse an 2 étendait à l'infini. Voici, au surplus, comment il s'explique :

« Art. 750. En cas de prédécès des père et mère d'une personne morte sans postérité, ses frères, sœurs ou leurs descendans sont appelés à l'exclusion des ascendans et des autres collatéraux (1).

» Ils succèdent, ou de leur chef, ou par représentation, ainsi qu'il a été réglé dans la sect. 2 du présent chapitre (2).

» 751. Si les père et mère de la personne morte sans postérité, lui ont survécu, ses frères, sœurs ou leurs représentans ne sont appelés qu'à la moitié de la Succession. Si le père et la mère seulement a survécu, ils sont appelés à recueillir les trois quarts.

» 752. Le partage de la moitié ou des trois quarts dévolus aux frères ou sœurs, aux termes de l'article précédent, s'opère, entr'eux, par égales portions, s'ils sont tous du même lit; s'ils sont de lits différens, la division se fait, par moitié, entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt; les germains prennent part dans les deux lignes; et les utérins et consanguins chacun dans leur ligne seulement : s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parens de l'autre ligne.

» 753. A défaut de frères ou sœurs, ou de descendans d'eux, et à défaut d'ascendans dans l'une ou l'autre ligne, la Succession est déférée, pour moitié, aux ascendans survivans; et pour l'autre moitié, aux parens les plus proches de l'autre ligne.

» S'il y a concours de parens collatéraux au même degré, ils partagent par têtes.

» 754. Dans le cas de l'article précédent, le père ou la mère survivant a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété.

» 755. Les parens au-delà du douzième degré ne succèdent pas.

» A défaut de parens au degré successible dans une ligne, les parens de l'autre ligne succèdent pour le tout ».]]

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Succession*, §. 14.

(2) *V.* l'article *Représentation (droit de)*, sect. 3, §. 3.

§. IV. *De l'ouverture des Successions.*

I. La Succession d'une personne s'ouvre par sa mort naturelle, par sa profession solennelle dans une religion approuvée, et par sa condamnation à une peine emportant la mort civile.

1° Lorsque l'instant de la mort naturelle est constaté, il ne peut y avoir aucune difficulté sur l'époque précise où s'est ouverte la Succession du défunt; mais des événemens singuliers le couvrent quelquefois de nuages, et alors il faut que les présomptions de la loi suppléent aux preuves des faits.

C'est ce qui arrive principalement dans deux cas : l'un, où deux personnes habiles à se succéder réciproquement, sont mortes ensemble; l'autre, où un homme est disparu tout à coup, sans qu'on ait découvert depuis aucune trace de son existence, ni le moindre indice de sa mort.

De ces deux cas, le premier fait la matière du §. 2 de l'article *Mort;* il est parlé du second sous le mot *Absent.*

2° La profession religieuse dépouille celui qui la fait, de tous ses droits, de toutes ses possessions, de toutes ses propriétés; elle ne peut, par conséquent, manquer de donner ouverture de sa Succession. [[*V.* les articles *Profession monastique* et *Vœux.*]]

3° A l'égard de la condamnation à une peine emportant la mort civile, pour savoir en quels cas elle ouvre la Succession du condamné en faveur de ses parens, et de quel instant on doit dater cette ouverture, *V.* l'article *Mort civile.*

[[II. Le Code civil porte, art. 718, que « les Successions s'ouvrent par la mort naturelle et par la mort civile »; et art. 719, que « la Succession est ouverte par la mort » civile, du moment où cette mort est encourue, conformément aux dispositions de » la sect. 2 du chap. 2, titre *de la jouissance et de la privation des droits civils* ». *V.* l'article *Mort civile.*]]

§. V. *De l'acceptation, soit pure et simple, soit sous bénéfice d'inventaire, et de la répudiation des Successions.*

I. On a déjà parlé de l'acceptation et de la répudiation de l'hérédité, sous les mots *Acceptation, Acte d'héritier, Héritier* et *Renonciation à une Succession échue.*

On y a établi, entr'autres choses, que, dans nos mœurs et à l'exception des coutumes d'Auvergne et de la Marche, l'héritier présomptif n'est point censé avoir accepté la Succession, par cela seul qu'il ne prouve pas y avoir renoncé.

Cette maxime est certainement une des plus constantes de toute la jurisprudence française; cependant on a publié, depuis peu, dans la *Gazette des tribunaux*, tome 13, page 49, un arrêt du parlement de Paris, qui paraît la contredire.

Voici dans quels termes il est rapporté: « Arrêt du 15 janvier 1782, à la grand'chambre, audience de relevée, qui juge qu'il ne » suffit pas à un héritier collatéral qui veut » renoncer à une Succession qui lui est échue, » de s'abstenir purement et simplement, mais » qu'il doit faire une renonciation expresse » devant notaires ».

Si cet arrêt a été rendu dans la coutume d'Auvergne ou dans celle de la Marche, il est exact; mais s'il est intervenu dans une autre coutume, il est clair, ou qu'il a mal jugé, ou qu'il est mal rapporté.

Ce qui me ferait plutôt pencher pour ce dernier parti, c'est que, peu de temps auparavant, j'avais vu juger le contraire à la grand'chambre même. La fille d'un marchand sabotier était poursuivie par un créancier de son père décédé depuis quelques années. Elle soutenait que n'ayant pas accepté la Succession, elle ne pouvait pas être réputée héritière. Le créancier ne rapportait aucun indice d'acceptation de sa part; mais il prétendait que le seul défaut de renonciation, surtout en ligne directe, équivalait à une acceptation formelle. Par arrêt du 3 septembre 1781, audience de sept heures, le parlement de Paris a infirmé la sentence du premier juge, qui avait prononcé en faveur du créancier, et a déchargé la fille des demandes formées contre elle, sauf les dépens qu'il a laissés à sa charge jusqu'au jour de sa renonciation faite dans le cours de la procédure.

Du principe confirmé par cet arrêt, il résulte, comme nous l'avons dit à l'article *Héritier*, sect. 2, §. 2, que l'effet de la règle, *le mort saisit le vif*, est subordonné à l'acceptation du successeur légitime.

[[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Héritier*, §. 1, et *Succession*, §. 1.]]

II. Cette conséquence en amène une autre : c'est que, dans le concours de plusieurs parens de différens degrés, le plus éloigné qui a accepté, traite valablement avec des tiers, et que le plus proche, qui vient l'exclure par la suite, ne peut se dispenser d'entretenir ce qu'il a fait. « En s'abstenant d'une Succession » (dit Houard, *Dictionnaire du droit normand*, au mot *Héritier*), l'héritier que la » loi en saisit, n'y renonce pas; mais il donne » lieu à celui qui, après lui, est en droit de » succéder, de l'administrer : or, s'il prévarique en son administration, il est l'unique » objet des poursuites que l'héritier présomptif peut faire pour ses dommages et intérêts; » mais des tiers qui n'ont pas eu intérêt, et » qui n'ont souvent pas eu le pouvoir d'approfondir si celui qui régissait la Succession, » était simple administrateur, ou vraiment » héritier, ne doivent pas être susceptibles » de réparer le tort que l'absent a souffert : » leur bonne foi doit rendre irrétractables les » actes qu'ils ont passés avec celui qui avait, » en apparence, la faculté de les faire ».

Cette doctrine est conforme à deux arrêts des parlemens de Rouen et de Paris.

Le premier est rapporté en ces termes dans la nouvelle édition de Basnage, art. 235 : « Un » héritier présomptif a négligé de recueillir » une Succession dans le temps que la coutume lui accorde pour délibérer, et a laissé » prendre cette Succession par un parent plus » éloigné; si cet héritier revient dans les » quarante ans (terme de la prescription » ordinaire en Normandie), recueillir cette » Succession, il ne peut plus révoquer les » aliénations faites par ce parent plus éloigné, » qui était en possession du bien de cette Succession. Cela a été jugé par arrêt du 19 juin » 1739, rendu en faveur du sieur Isaac Maudin, contre les sieurs Jean Lecoutre » et Pierre Blondel ».

Le second arrêt a été rendu dans une espèce qui mérite quelques détails.

Après la mort du sieur Senevé, sa veuve, donataire mutuelle, fait faire inventaire.

Trois mois après, paraît un sieur Senevé, cousin issu de germain du défunt, avec qui elle fait un traité de liquidation et partage de la Succession, par lequel les droits de l'héritier du mari sont liquidés à 7,000 livres, et ceux de sa veuve pour ses reprises, avantages et conventions matrimoniales, à 14,000 livres. Il est dit par le même acte, qu'au moyen des 7,000 livres, le sieur Senevé la quitte et décharge de toute la Succession du mari.

Sept mois après, des héritiers plus proches du mari, les demoiselles Gex, cousines germaines, viennent réclamer la Succession du sieur Senevé. Sa veuve leur présente l'acte de liquidation et partage fait avec le sieur Senevé, cousin issu de germain du défunt, et leur propose de l'exécuter : les demoiselles

Gex déclarent ne vouloir pas s'en tenir à un traité fait avec un homme sans qualité; elles en demandent la nullité.

Une sentence des premiers juges déclare les actes de liquidation et partage faits avec l'héritier apparent, nuls et de nul effet, et sans y avoir égard, ordonne un nouveau partage.

Appel de la part de la veuve Senevé. Elle demande l'infirmation de la sentence, et soutient que tous les actes passés avec l'héritier apparent, doivent être exécutés par l'héritier véritable qui se présente.

Arrêt du 19 février 1782, audience de sept heures, qui infirme la sentence, et ordonne l'exécution des actes de liquidation et partage, *sauf aux demoiselles Gex à coter les erreurs y comprises*, et condamne les demoiselles Gex aux dépens.

[[La même chose avait été jugée précédemment à la même cour, par un arrêt que cite Cochin, tome 4, page 326; et l'a encore été depuis à la cour de cassation. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Héritier*, §. 3.]]

III. Un héritier présomptif qui a laissé écouler le délai pour délibérer, sans accepter, peut-il contester les prétentions formées par des tiers sur la Succession, sans prendre d'autre qualité que celle d'*héritier apparent et délibérant*?

Voici un arrêt du parlement de Flandre qui juge pour la négative.

Le sieur de Mullet avait épousé la demoiselle Marguerite-Louise Dubrulle. Après la mort des deux époux, il s'éleva des contestations entre leurs héritiers respectifs, sur le partage de la communauté. Mais les héritiers du sieur de Mullet n'ayant point pris qualité et refusant d'en prendre d'autre que celle de *délibérans*, un premier arrêt du 12 août 1766 ordonna, avant faire droit, que le curateur établi à la Succession jacente, serait mis en cause; et par arrêt définitif du 4 décembre suivant, « la cour a déclaré lesdits de Mullet » non-recevables, en la qualité qu'ils agissaient, à contester les prétentions des héritiers de la dame de Mullet; a donné acte » à ces derniers, des déclarations faites par » le curateur; et a condamné lesdits de Mullet » à la moitié des dépens, l'autre moitié compensée entre toutes les parties ».

[[*V.* l'article *Cassation*, §. 8, n° 3.]]

IV. C'est un principe constant que celui qui, étant majeur, a une fois fait acte d'héritier, ne peut plus être admis à répudier la Succession.

Mais en est-il de même de celui qui s'est borné à prendre, dans une instance, la qualité d'héritier, ou qui a subi, en cette qualité, une condamnation?

Les *Recueils masnuscrits des anciens avocats du parlement de Pau* nous fournissent, sur cette question, trois arrêts qui l'ont jugée pour la négative:

« Un arrêt du 23 septembre 1724, plaidant Forcade et Dagers, déclara la partie de Dagers non-recevable dans son opposition à un arrêt précédent dont il ordonna l'exécution, *sans préjudice* à la partie de Dagers *de faire valoir sa répudiation contre les autres créanciers non compris dans ledit arrêt.*

» Un autre arrêt du 9 décembre 1761, entre Laurent Heguy, manufacturier, habitant à Pau, et Philippe Forcade, déclara de même l'héritier non-recevable dans son opposition, et ordonna l'exécution de l'arrêt précédent, *sans préjudice à l'héritier de faire valoir sa répudiation contre les autres créanciers.*

» Un arrêt du 27 mars 1740, au rapport de M. de Seney, entre le sieur Casemajor, d'Aramits, et la demoiselle Grivois, d'Abense en Soule, sans s'arrêter à la répudiation de celle-ci, en ce qui regarde ledit Casemajor, sans préjudice de la faire valoir contre les autres créanciers, sauf leurs exceptions, la condamne au paiement en qualité d'héritière de son père; elle l'avait prise judiciairement, après quoi elle avait fait inventaire ».

[[Mais aucun de ces trois arrêts ne peut faire jurisprudence.

Et d'abord, le troisième ne peut se concilier, ni avec les principes établis au mot *Héritier*, sect. 2, §. 3, n° 3, ni avec l'art. 778 du Code civil, qui répute héritier pur et simple, celui qui en *prend le titre ou la qualité dans un acte authentique ou privé.*

Quant aux deux premiers arrêts, ils sont, à la vérité, conformes à l'opinion d'un grand nombre d'anciens jurisconsultes qui pensaient que le jugement par lequel un successible, sur la poursuite d'un créancier de la Succession, était condamné comme héritier, n'avait, quant à cette qualité, aucun effet en faveur des autres créanciers.

Mais cette doctrine a été condamnée, comme je l'établis dans mon *Récueil de Questions de droit* au mot *Héritier*, §. 8, par l'art. 800 du Code civil.]]

V. Réciproquement, celui qui, étant majeur, a une fois répudié une Succession à laquelle il était appelé, ne peut pas être admis à se porter héritier. *V.* l'article *Renonciation à une Succession échue*, n° 6.

[[Les *Recueils manuscrits* cités au n° précé-

dent, nous offrent deux arrêts qui sont calqués sur cette maxime :

« Un arrêt du parlement de Pau, du 13 février 1713, jugea que le fils ne pouvait être reçu à prendre l'hérédité de son père, attendu que la répudiation ci-devant faite par lui, avait été acceptée par un arrêt, de même que l'offre de lui payer les dots : il voulait reprendre l'hérédité pour exercer une action en lésion d'outre moitié du juste prix.

» Un autre arrêt de la même cour, du 2 mars 1725, parties Hilancat, tuteur de sa fille, et la dame de Somstpe, veuve de Dunas, procureur, déclara celle-ci non-recevable à reprendre l'hérédité testamentaire de son mari qu'elle avait déclaré répudier dans une requête; en conséquence de laquelle déclaration, la cour avait ordonné, par arrêt, un inventaire à la diligence dudit Hilancat, lequel avait été fait ».]]

Remarquez cependant qu'on peut toujours revenir contre une renonciation, tant que la Succession qui en est l'objet, est encore vacante. [[*V.* l'article *Héritier*, sect. 2, §. 1, n° 3.]]

Mais le peut-on également, lorsque, par cette renonciation, il s'est fait une dévolution de l'hérédité sur la tête d'un substitué? La négative a été adoptée par un arrêt du parlement de Paris, dont voici l'espèce.

Le 2 octobre 1748, testament par lequel le sieur de Kerdrain, institue sa fille légataire universelle des biens dont il n'a pas encore disposé, et qu'il aura au jour de son décès, avec charge de substitution envers les enfans à naître d'elle, par égales portions; et en cas de mort de sa fille sans enfans, ou du dernier de ses enfans sans postérité, il appelle le sieur du Couédic, son neveu, ou ses enfans, en cas de prédécès.

A la mort du testateur, la dame de Monnereau, sa fille, renonce à la Succession et à son legs universel, par un acte du 3 mars 1749.

De là deux sentences qui nomment, l'une un curateur à la Succession vacante, et l'autre un tuteur à la substitution.

La veuve du sieur de Kerdrain décède à son tour.

Trente-deux ans s'écoulent; et au bout de ce terme, la dame de Monnereau obtient, le 2 mai 1781, des lettres de rescision contre l'acte du 3 mars 1749, avec clause de relief du laps de temps. En même temps, elle interjette appel de la sentence portant nomination d'un curateur à la Succession vacante, contre qui elle demande l'entérinement des lettres.

M. d'Aguesseau, avocat-général, qui a porté la parole dans cette cause, a établi que, toutes les fois qu'on a fait librement un acte quelconque en majorité, la voie de lettres de rescision est fermée, à moins qu'on n'ait à se plaindre de dol, de fraude ou de violence. « La lésion (a-t-il ajouté) n'est pas un moyen pour revenir contre une renonciation à une Succession : on ne rescinde un acte pour cause de lésion, que lorsque la partie lésée a été obligée, par les circonstances, de traiter, et que son co-contractant a profité de la nécessité où elle se trouvait. C'est d'après ces principes, qu'on admet la rescision en faveur d'un vendeur, et qu'on la refuse à l'acquéreur, quand il serait lésé, parceque rien ne l'obligeait d'acquérir; au lieu que le vendeur, pressé par les circonstances, a pu céder à la nécessité du moment. On admet cependant quelquefois la rescision contre une renonciation; mais c'est lorsque la personne qui renonce, a traité avec des co-héritiers, et qu'elle a renoncé pour une somme modique. On présume, dans ce cas, qu'il y a dol, que c'est par nécessité que la personne renonçante a cédé ses droits : c'est une espèce de vente, le renonçant est le vendeur; et voilà pourquoi la lésion suffit pour faire admettre sa réclamation.

» En vain la dame de Monnereau a objecté qu'il n'y avait point de terme fatal pour la restitution, quand il ne s'était présenté personne pour recueillir la Succession, en acceptant la renonciation. Le testament du sieur de Kerdrain porte substitution : la dame de Monnereau, instituée légataire universelle, ayant renoncé, a rempli son degré; et les appelés à la substitution ont été saisis dès l'instant de la renonciation.

» On a objecté encore pour la dame de Monnereau, que la substitution était conditionnelle; et que, tant que la condition n'était pas arrivée, les biens tombaient dans la Succession. Cela est vrai; mais dans l'espèce, il y a renonciation à la Succession de la part de la dame de Monnereau; et dès-lors, ce qui tombe dans la Succession vacante, ne peut lui profiter, et ne fait qu'accroître les fonds de la substitution ».

Sur ces raisons, arrêt du 29 mars 1782, à la grand'chambre, qui met l'appellation au néant, avec amende, et déclare la dame de Monnereau non-recevable dans sa demande en entérinement de lettres de relief de laps de temps et de rescision.

VI. L'héritier présomptif qui, après avoir répudié, soustrait des effets héréditaires, ne devient pas pour cela héritier. (*V.* l'article *Récel*, n° 2).

[[Mais si les effets qu'il a ainsi soustraits, consistent en titres de créances, il répond des

prescriptions et des insolvabilités qui peuvent survenir de la part des débiteurs. C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Pau du 20 décembre 1666, rendu au profit de la demoiselle Abatie contre le sieur Cassiau, et rapporté dans le recueil manuscrit de Dubosc.

VII. L'héritier bénéficiaire pouvait-il, sous l'ancienne jurisprudence, être contraint de payer toutes les dettes, si mieux il n'aimait abandonner la Succession aux créanciers qui offraient de lui rembourser les sommes qu'il justifierait lui être dues? Ou devait-il toujours, même nonobstant cette offre, être admis à rendre compte?

« Le sieur Saint-Martin, trésorier des Etats de Bigorre, avait, le 15 février 1739, institué héritier le sieur Jacques Saint-Martin, son frère, qui fit inventaire. Il devait diverses sommes au sieur Lassale, son autre frère, lequel obtint arrêt, au mois de juin 1740, qui condamna le sieur Jacques, en qualité d'héritier bénéficiaire, à payer.

» Ce dernier, sommé de paiement, présenta requête pour faire ordonner que, par-devant un commissaire, il représenterait les biens et effets de l'hérédité, et qu'il serait procédé à la liquidation des sommes légitimes et privilégiées à lui dues, pour ensuite être procédé à la cancellation de l'inventaire, ou autrement, ainsi qu'il appartiendra.

» Lassale prétendit qu'il fallait payer ou abandonner l'hérédité, offrant même de faire raison au frère de tout ce qui pourrait lui être dû.

» Il fut répondu pour le sieur Saint-Martin, que cette prétention n'était pas exacte; que l'héritier bénéficiaire, ne pouvant être forcé à abandonner, moins pouvait-il l'être à payer, lorsqu'il soutient qu'il n'y avait plus de biens dans la Succession; que tout ce qu'on pouvait exiger, était un compte; que Lassale n'avait qu'à faire décréter les biens; que, s'il ne le voulait point, la liquidation était légitimement demandée.

» Sur quoi, le 27 janvier 1741, arrêt du parlement de Pau, qui déclara le sieur Lassale non-recevable, quant à présent, dans les offres par lui faites; lui permit de ramener à exécution son arrêt sur les biens de l'hérédité, et à Saint-Martin de faire procéder à la liquidation par lui demandée ». (*Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau*).

VIII. Est-ce à l'héritier bénéficiaire personnellement qu'appartient le bénéfice des remises qu'il obtient des créanciers de la Succession? Ou bien doit-il en faire raison à la Succession elle-même?

« La demoiselle de Crampes constitue à Marie de Crampes, sa sœur, une dot de 600 livres. Le 16 août 1695, Marie de Crampes et Abraham son fils reconnaissent avoir été payés de cette somme, 1° au moyen de 400 livres reçues, le 10 février 1666, par Jean Sage, leur mari et père; 2° de 375 livres que le sieur Jean Daudichon, fils et héritier bénéficiaire de la demoiselle de Crampes, leur paya. La quittance ou *tournedot*, fut ainsi conçue: *d'autant que la somme capitale, intérêts et dépens montaient encore plus haut, ladite demoiselle de Crampes et ledit Sage, son fils, en acquittant le sieur Daudichon, en telle sorte qu'ils se sont tenus pour contens et payés de toute ladite somme de 600 livres constituée en dot à ladite demoiselle de Crampes, et de tous les intérêts et dépens, promettant de ne lui en faire jamais pétition ni demande. Et d'autant que ledit Daudichon, héritier bénéficiaire de ladite demoiselle de Crampes, sa mère, a fait ce paiement de ses propres deniers et de ceux provenant de la dot de sa femme, ladite Marie de Crampes et le sieur de Sage, son fils, sont subrogés en tous leurs droits, privilèges et hypothèques sur les biens de ladite demoiselle de Crampes.*

» La demoiselle Daudichon, fille de Jean, héritier bénéficiaire, étant morte, laissant pour héritier le sieur Capdevielle, son mari, il y eut procès entre lui et le sieur Jean Daudichon, héritier du sang de la défunte, pour savoir à qui les relâchemens contenus au tournedot de 1695, devaient appartenir. Le sieur Capdevielle prétendit que ces acquittations devaient être regardées comme des libéralités faites au sieur Jean Daudichon, héritier bénéficiaire de la débitrice: que par conséquent Jeanne Daudichon en avait eu la libre disposition. Le sieur Daudichon répondit que l'hérédité est un dépôt en mains de l'héritier bénéficiaire, qu'il est tenu de l'augmenter; de sorte que les acquittations doivent céder au profit de la masse. Il y avait d'autres créanciers qui avaient fait d'autres relâchemens.

» Là-dessus, arrêt du parlement de Pau, du 3 février 1729, qui ordonna que toutes les acquittations vérifiées céderaient à l'avantage de l'hoirie avilie.

» Quelques années avant, la question s'étant déjà présentée, la même cour l'avait jugée de même dans l'espèce suivante: Roma, marchand de Pau, héritier bénéficiaire de son père, se voyant pressé par sa sœur, pour le paiement de sa dot, répudie. La sœur accepte l'hérédité sous le même bénéfice. Avant la répudiation, Roma avait payé au sieur Bellegarde, créancier de l'hérédité, un capital de

550 livres ; et ce créancier avait fait donation aux enfans de Roma, pupilles, des intérêts qui étaient considérables. Roma voulant conserver cette donation pour ses enfans, la sœur soutient que les enfans sont des personnes interposées, et qu'il faut regarder le relâchement comme s'il avait été fait à Roma lui-même, auquel cas il céderait au profit de l'hérédité, dont il était dépositaire.

» Arrêt du 5 février 1726, au rapport de M. Défaut, conseiller, qui le jugea ainsi ». (*Ibid*).]]

§. VI. *De l'action appelée en droit* PÉTITION D'HÉRÉDITÉ.

I. Les principes relatifs à cette action, sont exposés sous le mot *Hérédité*. Nous n'y revenons que [[pour nous occuper de quelques questions intéressantes qui s'y rapportent.

II. 1° Le demandeur en délaissement d'hérédité, est-il tenu, comme le demandeur en revendication d'immeubles, de désigner, par tenans et aboutissans, les biens dont est composée la Succession qu'il réclame?

2° La pétition d'hérédité est-elle sujette à la même prescription que la demande en revendication d'immeubles?]]

Pierre Bardo de la Serre, décédé à Valenciennes en 1754, avait laissé une riche Succession composée de meubles, d'acquêts et de propres de différentes lignes. Louis-Pierre de la Serre, son plus proche parent, prit aussitôt possession de tout ce qui lui était dévolu en cette qualité, et notamment des propres dont les lignes paraissaient faillies.

En 1779, les sieurs de Cuinghem, parens au défunt du côté d'Anne de Landres, sa quatrième aïeule, intervinrent dans un procès pendant au parlement de Flandre, entre Louis-Pierre de la Serre et quelques prétendans à différentes branches de la Succession, et demandèrent d'être reconnus héritiers aux propres de la ligne d'Anne de Landres.

Louis-Pierre de la Serre a opposé deux moyens à cette demande :

1° Il a dit que les sieurs de Cuinghem ne pouvaient pas être écoutés, parcequ'ils ne désignaient point par tenans et aboutissans les propres qu'ils prétendaient leur appartenir, et que même ils ne rapportaient aucune preuve qu'il en existât :

2° Il a ajouté qu'à tout événement, ils venaient trop tard ; que, de leur aveu, les seuls biens du défunt sur lesquels ils pourraient avoir quelque droit, étaient situés dans différens villages du chef-lieu de Valenciennes ; qu'ainsi, c'était par la coutume de ce district qu'ils devaient être régis ; que dès-lors, il les avait certainement prescrits, puisqu'il était en possession depuis près de trente ans, et que, par l'art. 93 de la coutume de Valenciennes, il ne faut que vingt ans pour prescrire un immeuble.

J'étais chargé de la défense des sieurs de Cuinghem ; voici en substance ce que je répondais pour eux :

« Le sieur de la Serre confond les règles propres à la simple revendication, avec celles qui concernent la *pétition d'hérédité*.

» Sans doute, dans la simple revendication, le demandeur est tenu de désigner spécifiquement et individuellement les biens ou effets qu'il prétend faire rentrer dans son patrimoine. C'est la disposition de la loi 6, D. *de rei vindicatione*, et de l'art. 3 du tit. 9 de l'ordonnance de 1667.

» Mais il en est tout autrement de la pétition d'hérédité. Cette action est du nombre de celles qu'on nomme en droit *universelles*. Elle ne tend point à tel ou tel objet en particulier, mais à une hérédité, c'est-à-dire, à une chose qui est plus de droit que de fait, à une chose qui comprend en soi tout l'actif et le passif d'un défunt, à une chose enfin qui pourrait exister sans qu'il se trouvât un seul effet ni un pouce de bien dans la Succession. Telle est l'idée que les lois elles-mêmes nous ont donnée de cette action. *Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet ;* ce sont les termes de la loi 50, D. *de hereditatis petitione.*

» Ceux de la loi 119, D. *de verborum significatione*, ne sont pas moins formels : *hereditatis appellatio sine dubio continet etiam : damnosam hereditatem ; juris enim nomen est.*

» La loi 208 du même titre est peut-être plus précise encore : *Appellatio hereditatis universitatem quamdam ad jus Successionis, et non singulas res demonstrat.* Pesons bien ces termes, *jus Successionis, et non singulas res demonstrat.* Lorsqu'on forme une pétition d'hérédité, on ne demande pas tel bien ni tel effet en particulier, *non singulas res ;* on demande seulement d'être déclaré et reconnu héritier, *jus Successionis ;* ou, ce qui est la même chose, on réclame le droit, le seul droit de revendiquer les biens, les effets qu'on vérifiera par la suite appartenir à la Succession dont il s'agit.

» Est-il étonnant, d'après cela, que Zoès (*ad Pandectas, lib.* 5, *tit.* 3, n° 7), Gayl (*observ. pratic. cap.* 68, n° 2) et d'autres auteurs établissent comme une maxime certaine, qu'on n'est pas tenu, dans la pétition d'hérédité, de désigner ni spécifier les biens ou effets particuliers de la Succession? Il n'ont parlé, comme l'on voit, que d'après les

principes et l'esprit même des lois romaines, et assurément on ne peut rien de plus respectable que de pareilles décisions.

» C'est d'ailleurs ce que prouve nettement la loi 4, D. *de petitione hereditatis*. J'intente une pétition d'hérédité contre une personne qui ne possède précisément qu'une seule chose héréditaire. Pendant l'instruction du procès, il survient à cette personne divers autres objets qui appartiennent également à l'hérédité. Question de savoir si le juge devra la condamner à me les remettre, en vertu de ma demande primitive, et sans qu'il soit besoin, de ma part, soit d'une nouvelle action, soit au moins de conclusions nouvelles. La loi répond qu'oui, parcequ'en cette matière, il ne faut aucune spécification d'objets singuliers, et que la pétition d'hérédité est une action universelle, qui ne comprend ni telle ni telle chose en particulier, mais le droit de succéder en général.

» La glose remarque qu'il en serait autrement, s'il s'agissait d'une simple revendication formée à titre particulier; et en effet, la loi 23, D. *de judiciis*, décide que, dans les actions singulières, *non potest videri in judicium venisse id quod post acceptum judicium accidisset, ideòque aliâ interpellatione opus est;* décision qui contrarierait directement celle de la loi citée du titre *de petitione hereditatis*, s'il n'était question dans celle-ci d'une action universelle, et si ces sortes d'actions n'étaient soumises à des règles toutes différentes de celles que l'on doit suivre dans les actions particulières. Aussi la glose en fait-elle l'observation sur le texte même qu'on vient de transcrire: *Secùs*, dit-elle, *in judicio universali; in quo omnia in generali petitione clauduntur.*

» Décider, comme on le fait dans ce passage, ou plutôt comme le fait la loi 4, D. *de petitione hereditatis*? que les objets dont le défendeur en pétition d'hérédité n'a atteint la possession que postérieurement à la demande introductive du procès, ne laissent point d'entrer dans le jugement qui intervient en conséquence, c'est décider bien clairement que le demandeur en pétition d'hérédité n'est point obligé de désigner spécifiquement, dans son exploit d'assignation, les objets qu'il réclame, et qu'il lui suffit de conclure en général à la restitution de l'hérédité qui lui est échue par le décès de telle personne.

» Inutilement cherche-t-on à restreindre l'application de ces principes à l'héritier des meubles et acquêts. Il est certain que les successeurs légitimes des propres sont héritiers dans toute l'énergie de ce terme. Il est certain qu'ils ont, à ce titre, le droit de se pourvoir en pétition d'hérédité; il est certain par conséquent qu'ils sont fondés en titre universel; et dès-lors, il est impossible qu'on les oblige à rien particulariser, à rien coter par tenans et aboutissans, à rien désigner de la manière qu'on le fait dans les actions formées à titre singulier.

» C'est même ce qu'a jugé *in terminis* un arrêt de la cour dont voici l'espèce:

» Jacques-Joseph Bourdon avait obtenu, le 11 mai 1776, un arrêt qui lui adjugeait tous les biens meubles et immeubles délaissés par Louis Crule.

» Jean-Louis Damiens, seigneur de Ranchicourt et consorts formèrent opposition à cet arrêt, démontrèrent qu'ils étaient les plus proches parens de Louis Crule, et conclurent de là qu'à eux seuls appartenaient généralement tous les biens qui s'étaient trouvés dans la Succession du défunt, sauf ceux qu'on vérifierait, d'une manière précise et formelle, provenir de quelque ligne particulière.

» De son côté, Jacques-Joseph Bourdon prétendit qu'au moins on ne pouvait lui contester la qualité d'héritier aux propres de la ligne des Crule, et que par conséquent on devait la lui adjuger, sauf à lui d'en faire valoir l'effet par la suite.

» Après une ample contestation, et un rapport de plusieurs séances, arrêt est intervenu, le 30 mai 1786, par lequel *la cour, faisant droit entre lesdits Damiens et consorts, et Jacques-Joseph Bourdon, a adjugé auxdits Damiens et consorts les biens meubles et immeubles délaissés par Louis Crule, autres néanmoins que ceux sur lesquels il sera fait droit ci-après.....; faisant pareillement droit entre lesdits Damiens et consorts, et ledit Jacques-Joseph Bourdon, a adjugé audit Bourdon* LES BIENS QU'IL PROUVERA ÊTRE AFFECTÉS A LA LIGNE DES CRULE; *condamne lesdits Damiens et consorts aux dépens à cet égard.*

» Tels sont les propres termes de l'arrêt, et l'on voit combien ils sont précieux. Les sieurs de Cuinghem se trouvent même dans une position plus favorable que ne l'était Bourdon. Il est prouvé par une foule d'actes produits, qu'Anne de Landres a laissé une Succession composée d'immeubles régis par la coutume du chef-lieu de Valenciennes, qui se sont partagés entre Jean de Pittepan, auteur de la tige des Cuinghem, d'une part, Jean Boulit, petit-fils de la défunte, et aïeul de Pierre Bardo de la Serre, *de cujus*, d'autre part. Pierre Bardo de la Serre a été héritier de son aïeul; on doit donc présumer que la portion d'immeubles qui était échue à celui-ci par la mort d'Anne de Landres, s'est trouvée dans la suc-

cession de Pierre Bardo de la Serre; car dès qu'une fois il est prouvé qu'un bien a existé dans une famille, on ne présume jamais qu'il en soit sorti : cela est dans l'ordre naturel des choses, qui sont toujours censées conserver leur état primitif jusqu'à la preuve du contraire.

» Cette vérité se fait encore mieux sentir dans la coutume de Valenciennes, que partout ailleurs. L'art. 34 de cette loi municipale porte que *tous héritages sont réputés patrimoniaux, si, par fait spécial, n'appert du contraire.* Pour réputer propre un bien dont on ignore la qualité, il faut présumer, non-seulement qu'il a été acquis par l'un des auteurs de celui à qui il s'agit de succéder, mais encore qu'il s'est conservé, et dans le patrimoine de l'acquéreur jusqu'à sa mort, et dans celui de ses héritiers immédiats, et enfin dans la personne du dernier possesseur. Ainsi, la coutume de Valenciennes, bien loin de présumer que les immeubles changent de mains ou de nature, présume absolument tout le contraire; et dès-lors, nul doute qu'on ne doive ici regarder tous les biens transmis à Jean Boulit par Anne de Landres, comme existans encore dans la Succession de Pierre Bardo de la Serre, son petit-fils.

» Par là s'évanouissent toutes les subtilités qui servent de base au premier moyen de Pierre-Louis de la Serre.

» Le second moyen n'est pas plus solide. Il ne roule encore que sur une confusion des principes relatifs à la simple revendication, avec ceux de la pétition d'hérédité. L'art. 93 de la coutume de Valenciennes établit, il est vrai, une prescription de vingt ans, mais ce n'est que pour les actions purement réelles : la pétition d'hérédité n'est point de cette classe; elle est mixte, elle participe à tous les priviléges de l'action personnelle, et conséquemment elle ne peut s'éteindre que par la prescription trentenaire. C'est un point déjà jugé par arrêt dans la coutume de Valenciennes (1), et il l'avait déjà été dans la coutume de Ponthieu, qui a les mêmes dispositions que celles-ci; témoin Duchesnes, dans son Commentaire sur la coutume de Ponthieu même, art. 115 : *L'action en pétition d'hérédité* (dit-il), *est de la durée de trente ans dans notre coutume, en sorte que ceux qui se sont mis en possession des biens de la Succession, ne peuvent opposer la fin de non-recevoir au véritable héritier qu'après trente années de jouissance. Il a été donné des actes de notoriété les 30 juin et 1er juillet 1712, par les officiers et avocats de la sénéchaussée, en conséquence desquels le sieur Foulques, qui avait recueilli la Succession de Marie-Catherine Lévêque, vingt-trois ans après l'ouverture, a obtenu arrêt du 3 septembre 1712, infirmatif de deux sentences de cette sénéchaussée, des 20 juillet et 1er décembre 1710, qui a jugé, contre le marquis de Chepy, qu'il n'avait pu recueillir cette Succession comme héritier, ne s'étant pas écoulé trente ans, et que, par conséquent, il n'était pas dû de droits seigneuriaux au seigneur, pour les immeubles de l'hérédité que Jean Ribaucourt avait cédés au sieur Foulques, par une transaction du mois de février 1707, après vingt-trois années de jouissance comme se prétendant héritier de la défunte* ».

Sur ces raisons, arrêt du 27 avril 1782, par lequel « la cour reçoit lesdits de Cuinghem, » parties intervenantes; ce faisant....., déclare lesdits de Cuinghem héritiers des propres délaissés par Pierre Bardo de la Serre, » procédans du côté et ligne d'Anne de » Landres; ce faisant, sans s'arrêter aux » fins de non-recevoir proposées par ledit de » la Serre, adjuge auxdits de Cuinghem tous » les biens qu'ils justifieront être dudit côté » et ligne; ordonne, suivant ce, auxdits défendeurs, signifiés et défaillans, de leur communiquer, sous due expurgation de serment, » tous les titres, papiers et documens qu'ils » ont ou peuvent avoir concernant la Succession dudit Pierre Bardo de la Serre ».

[[III. Lorsqu'un français est mort dans un pays étranger où, d'après les traités existans entre le souverain de ce pays et la France, les juges locaux sont chargés de prononcer sur les contestations qui s'élèvent entre ses héritiers, par rapport aux biens qu'il a laissés dans ce même pays, les jugemens rendus dans ce pays ont-ils l'autorité de la chose jugée, relativement aux biens que le défunt a laissés en France? Ont-ils cette autorité, quant aux questions d'état qu'ils ont décidées en faveur de l'un des prétendans à la Succession du défunt? Ont-ils cette autorité, dans le cas où le défunt était domicilié dans le pays où ils ont été rendus, quant aux meubles qu'il a laissés dans le territoire français?

V. L'article *Jugement*, §. 7 *bis*.

IV. Lorsque de plusieurs co-héritiers *ab intestat*, qui ont formé, contre un héritier institué, une demande collective en délaissement de la Succession, un seul a appelé du jugement qui les a déboutés de cette demande, l'appel de celui-ci profite-t-il aux autres? S'il ne leur profite pas, l'appelant peut-il, en faisant ré-

(1) *V.* l'article *Hérédité*, no 5.

former le jugement de première instance, obtenir pour lui seul la Succession entière? Le peut-il, lorsque la demande en délaissement est fondée sur l'indignité du possesseur contre qui elle est dirigée?

Le 14 septembre 1796, Jean Lavabre meurt laissant un fils unique nommé Jean-Pierre, et une veuve nommée Anne Faisinher, mère de cet enfant.

Le 16 décembre de la même année, Jean-Pierre Lavabre meurt aussi, sans avoir disposé de ses biens.

Anne Faisinher recueille toute la Succession en vertu de la loi du 17 nivôse an 2.

Le 27 fructidor an 6, les cinq plus proches parens paternels de Jean-Pierre Lavabre, au nombre desquels se trouve la dame Vigourouze, font assigner Anne Faisinher, pour voir dire qu'ayant malversé dans l'année du deuil, elle sera déclarée indigne de la Succession de son fils; et qu'en conséquence, elle sera tenue de leur délaisser tous les biens dépendans de cette Succession.

Le 20 prairial an 11, jugement du tribunal de première instance de Rhodès, qui les déboute de leur demande.

La dame Vigourouze appelle seule de ce jugement, dans le délai de la loi; ses co-héritiers le laissent passer en force de chose jugée.

La cause portée à la cour d'appel de Montpellier, la dame Vigourouze fait sommer ses co-héritiers d'y intervenir,

Ils interviennent en effet, et déclarent adhérer à l'appel de la dame Vigourouze.

Anne Faisinher s'oppose à ce que leur intervention soit reçue; et, par arrêt du 12 décembre 1806, la cour d'appel de Montpellier les déclare non-recevables à intervenir.

L'affaire en cet état, la dame Vigourouze soutient que, s'il est jugé qu'Anne Faisinher a malversé dans l'année du deuil, Anne Faisinher devra être condamnée à lui délaisser toute la Succession de son fils, *parceque l'indignité résultant de la malversation, est indivisible.*

Anne Faisinher répond que, si l'indignité est indivisible en soi, elle ne l'est point dans ses effets.

Le 27 août 1811, arrêt qui, attendu que, d'une part, il est prouvé qu'Anne Faisinher a malversé dans l'année du deuil; que, de l'autre, l'indignité qu'elle a encourue par sa malversation, est indivisible dans ses effets, comme dans sa nature; met l'appellation, et ce dont est appel, au néant; émendant, condamne Anne Faisinher à délaisser, à la dame Vigourouze, la totalité de la Succession de son fils.

Recours en cassation de la part d'Anne Faisinher.

Par arrêt du 18 décembre 1813, au rapport de M. Carnot,

« Vu l'art. 82 de la loi du 17 nivôse an 2, et l'art. 1217 du Code civil;

» Attendu que tous ceux qui ont droit à une Succession, sont autorisés à demander, chacun dans son intérêt particulier, au possesseur des biens qui en dépendent, la part et portion qui leur en appartient; et que, dans l'espèce, les cinq co-héritiers paternels de Jean-Pierre Lavabre se sont réunis pour former, chacun dans son intérêt, la demande en relâchement des biens de sa Succession;

» Attendu que, par un jugement qui est passé en force de chose jugée contre quatre desdits co-héritiers, la demanderesse en cassation, contre laquelle l'action en relâchement avait été formée, a été maintenue dans les biens provenant de la Succession de son fils;

» Qu'il ne restait, dès-lors, plus rien à juger sur l'appel qu'avait interjeté le cinquième desdits co-héritiers paternels dudit Jean-Pierre Lavabre, dans l'intérêt des quatre autres desdits co-héritiers, ni quant à l'objet de la demande qu'ils avaient formée;

» Qu'à la vérité, un seul des co-héritiers peut former l'action en indignité, et que seul il doit profiter de toute la Succession, si les autres co-héritiers refusent de se joindre à lui pour l'exercice de cette action; mais que, dans l'espèce, tous ont formé leur demande, et que chacun d'eux a réclamé sa part dans la Succession du fils Lavabre;

» Que, si l'indignité est une peine, elle ne l'est réellement que dans l'intérêt des parties intéressées; d'où il suit que les effets purement civils de cette peine appartiennent à chacun des co-héritiers qui les réclament, et se distribuent entre ces co-héritiers, en proportion du droit que chacun peut avoir à la Succession;

» Que la cour d'appel de Montpellier l'a reconnu elle-même ainsi par son arrêt du 12 décembre 1806, en déclarant les quatre co-héritiers du fils Lavabre, qui n'avaient pas appelé dans le délai de droit, non-recevables dans leur intervention sur l'appel de la défenderesse, et dans leur adhésion à son appel;

» Qu'en le jugeant ainsi, la cour d'appel de Montpellier a reconnu en effet, de la manière la plus formelle, qu'il n'y avait pas indivisibilité dans l'action; car s'il y avait eu réellement indivisibilité, l'appel de la défenderesse

aurait profité à tous ses co-héritiers (1);

» Que cependant la cour d'appel de Montpellier a jugé, par son arrêt définitif, qu'il y avait indivisibilité; en quoi elle a porté une décision absolument contraire à celle qu'elle avait rendue le 12 décembre 1806;

» Attendu que, quand on ferait abstraction de cette circonstance, la cour d'appel de Montpellier aurait violé ouvertement les dispositions de l'art. 1217 du Code civil, qui a été simplement déclaratif des anciens principes, en considérant comme indivisible une chose qui, dans sa livraison et dans son exécution, était susceptible de division;

» Qu'en effet, si l'indignité en elle-même est une chose indivisible, elle ne peut l'être dans ses effets et dans l'exécution, lorsqu'elle a pour objet le partage d'une Succession évidemment divisible de sa nature;

» Qu'il n'y avait eu au procès ni désistement de demande, ni renonciation de la part d'aucun des co-héritiers de la défenderesse; que tous, au contraire, avaient usé de leurs droits par une action intentée en justice, et suivie jusqu'à sentence définitive qui avait irrévocablement fixé leurs droits, à l'égard de ceux qui ne s'en étaient pas rendus appelans;

» Que la sentence ayant passé, à leur égard, en force de chose jugée, leurs droits avaient passé dans les mains de la partie qui les leur avait contestés;

» Qu'il ne peut y avoir droit d'accroissement, en pareil cas, au profit des co-héritiers; que ce droit ne pourrait résulter que d'une renonciation pure et simple;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, du 27 août 1811, pour violation de l'art. 82 de la loi du 17 nivôse an 2 et de l'art. 1217 du Code civil.... ».]]

§. VII. *Du partage des Successions, et des rapports qui y ont lieu.*

V. les articles *Enfant chéri, Licitation, Maison mortuaire, Partage* et *Rapport à Succession.*

§. VIII. *Des charges des Successions.*

V. les articles *Charges, Dettes* et *Héritier.*

Section II. *Des Successions irrégulières.*

Nous avons déjà dit quelque chose, à l'article *Héritier*, sect. 1, §. 2, n° 2 et 3, des Successions irrégulières.

[[Ici, nous devons revenir sur cette matière, et par rapport à l'ancien droit, et par rapport à la législation actuelle.

§. I. *Des Successions irrégulières, suivant l'ancien droit.*]]

On distingue jusqu'à huit espèces de Successions irrégulières.

1° Dans la plupart des pays de droit écrit, l'époux survivant peut, lorsqu'il est dans l'indigence, obliger les héritiers, soit directs, soit collatéraux, du prédécédé, de lui abandonner une portion de son hérédité. *V.* l'article *Quarte du Conjoint pauvre.*

2° Les lois romaines, et notamment l'édit du préteur, *undè vir et uxor*, déclarent l'époux survivant, héritier du prédécédé qui n'a point de parens habiles à recueillir sa Succession.

Cette jurisprudence est observée dans tous les pays de droit écrit.

Plusieurs de nos coutumes l'ont aussi adoptée en termes exprès: telles sont particulièrement Poitou, art 299; et Berri, tit. 19, art. 8.

Mais d'autres la rejettent formellement: telles sont Bourbonnais; art. 328, et Hainaut, chap. 124, art. 5, etc.

La plupart sont muettes sur ce point, et de là naît la question de savoir comment on doit interpréter leur silence.

Il est d'abord certain que l'époux survivant ne peut pas succéder au préjudice du fisc, dans les coutumes où celui-ci exerce le droit de déshérence sur les propres de ligne faillie, à l'exclusion des parens non lignagers. On sent en effet que c'est ici le cas de la règle, *si vinco vincentem te, à fortiori te vinco.* Car l'époux ne peut, en aucun cas, exclure les parens; et puisque les parens sont eux-mêmes exclus par le seigneur, il faut bien que le seigneur l'emporte sur lui. C'est ce qui a été jugé dans la coutume du Maine, par un arrêt du parlement de Paris, du 2 août 1618, que cite Brodeau, lettre F, §. 22; et dans celle de Normandie, par un arrêt du parlement de Rouen, du 30 juillet 1620, que rapporte Basnage, art. 245. *V.* l'article *Déshérence.*

Dans les autres coutumes, rien n'empêche d'admettre la Succession *undè vir et uxor*, et elle y est effectivement reçue depuis longtemps.

Peleus, dans ses *Actions forenses*, liv. 4, art. 19, en rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 7 septembre 1600, rendu dans la coutume de Montargis. Il s'agissait de savoir si une seconde femme pouvait succéder

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Appel*, §. 15.

à celui qui l'avait épousée en deuxièmes noces. La cour a jugé pour l'affir-mative.

On a douté si l'on pouvait appliquer cette jurisprudence au cas où le prédécédé était bâtard. Mais un arrêt de la même cour, du 23 mai 1630, rapporté au *Journal des Audiences*, a tranché la difficulté, en jugeant que la veuve d'un bâtard excluait le roi. Au surplus, *V.* l'article *Gains nuptiaux*.

3°. A défaut de la Succession *undè vir et uxor*, le seigneur succède par droit de *déshérence*. *V.* ce mot.

4°. Le religieux qui décède, n'a point d'autre héritier que son monastère. *V.* les articles *Côte morte* et *Pécule*. Si cependant il était décoré de la dignité épiscopale, ses parens lui succéderaient.

5° La cinquième espèce de Succession irrégulière est celle du seigneur à son main-mortable. *V.* les articles *Échute* et *Mainmorte*.

6° La sixième est celle du roi ou du seigneur haut-justicier au criminel condamné à une peine qui emporte *confiscation* générale des biens. *V.* l'article *Confiscation*, §. 1.

7° La septième est celle du roi à un étranger du royaume qui décède dans ses États. *V.* l'article *Aubaine*.

8° La huitième est celle du roi ou du seigneur au *bâtard*. *V.* ce mot, sect. 1.

9° La neuvième est celle de certains hôpitaux aux effets qu'y laissent en mourant les malades. *V.* l'article *Hôpital*, §. 6.

§. II. *Des Successions irrégulières, suivant la législation actuelle.*

Le Code civil ne connaît que quatre sortes de Successions irrégulières : ce sont

1° La Succession des enfans naturels à leurs pères et mères,

2° La Succession aux enfans naturels morts sans postérité,

3° La Succession de l'époux survivant au prédécédé,

4° La succession du domaine public à celui qui ne laisse ni parens ni époux.

Une règle commune à ces quatre espèces de Successions, est que les personnes à qui elles sont déférées, n'en sont pas saisies de plein droit. « Les héritiers légitimes (dit le » Code civil, art. 724) sont saisis, de plein » droit, des biens, droits et actions du défunt, » sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la Succession : les enfans naturels, » l'époux survivant et l'État doivent se faire » envoyer en possession par justice, dans les » formes qui seront déterminées » par les art. 769, 770, 771, 772 et 773, rapportés ci-après.

V. l'article *Hôpital*, §. 6.

ART. I. *Des droits des enfans naturels sur les biens de leurs père ou mère, et de la Succession aux enfans naturels décédés sans postérité.*

I. Le Code civil s'explique ainsi sur l'un et l'autre objet :

« Art. 756. Les enfans naturels ne sont point héritiers; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leurs père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parens de leurs père ou mère.

» 757. Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés, est réglé ainsi qu'il suit :

» Si le père ou la mère a laissé des descendans légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue, s'il eût été légitime : il est de la moitié, lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendans, mais bien des ascendans ou des frères ou sœurs; il est des trois quarts, lorsque les père ou mère ne laissent ni descendans ni ascendans, ni frères ni sœurs.

» 758. L'enfant naturel a droit à la totalité des biens, lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parens au degré successible.

» 159. En cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfans ou descendans peuvent réclamer les droits fixés par les articles précédens.

» 760. L'enfant naturel ou ses descendans sont tenus d'imputer, sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la Succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport, d'après les règles établies au chap. 6, section *des Rapports*.

» 761. Toute réclamation leur est interdite, lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédens, avec déclaration expresse, de la part de leur père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié.

» 762. Les dispositions des art. 757 et 758 ne sont pas applicables aux enfans adultérins

ou incestueux. La loi ne leur accorde que des alimens.

» 763. Ces alimens sont réglés eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes.

» 764. Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des alimens de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur Succession.

» 765. La Succession de l'enfant naturel décédé sans postérité, est dévolue au père ou à la mère qui l'a reconnu, ou par moitié à tous les deux, s'il a été reconnu par l'un et par l'autre.

» 766. En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus passent aux frères ou sœurs légitimes, s'ils se trouvent en nature dans la Succession : les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il en est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes. Tous les autres biens passent aux frères et sœurs naturels, ou à leurs descendans ».

II. On a dit plus haut que les enfans naturels n'étant pas saisis de plein droit des biens qui leur sont déférés par Succession irrégulière, doivent remplir certaines formalités pour en obtenir la possession.

Quelles sont ces formalités? *V.* ci-après, art. 2.

III. On vient de voir que le Code civil *n'accorde de droits* aux enfans naturels sur les biens de leurs *père ou mère décédés*, que *lorsqu'ils ont été légalement reconnus;* et que réciproquement, il n'admet à la succession de l'enfant naturel mort sans postérité, que *le père ou la mère qui l'a reconnu.*

De là naissent plusieurs questions :

1° Doit-on réputer *légalement reconnu*, et par suite admettre au bénéfice des art. 756 et suivans, et l'enfant naturel qui a obtenu, d'après l'art. 340, un jugement de déclaration de paternité contre le ravisseur de sa mère, et l'enfant naturel qui, d'après l'art. 341, a obtenu un jugement de déclaration de maternité contre la femme de qui il prétend avoir reçu le jour?

Dans des conclusions du 28 mai 1810, qui sont rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Maternité*, j'ai présenté la négative comme un dogme incontestable. J'y ai dit que le jugement déclaratif de maternité n'attribue à l'enfant naturel que le droit de se faire fournir des alimens par la femme qu'il a réclamée pour mère; et que, pour prétendre, dans sa succession, à la part des biens qui est déterminée par les art. 757 et suivans, il lui faut un acte authentique de reconnaissance volontaire. Mais je n'ai point motivé mon assertion, parcequ'elle me paraissait au-dessus de toute espèce de doute.

M. Chabot a, depuis, traité la question dans son *Commentaire sur le titre des successions du Code civil*, art. 756; et il s'est prononcé pour l'opinion contraire, par la raison que n'accorder que des alimens à l'enfant naturel, soit dans le cas de l'art. 340, soit dans le cas de l'art. 341, *ce serait le confondre avec l'enfant adultérin ou incestueux, et que ni l'équité ni la loi n'autorisent une semblable confusion.*

Mais cette raison est-elle aussi concluante qu'elle le paraît à la première vue?

D'une part, si l'équité ne permet pas de confondre l'enfant naturel avec le bâtard adultérin ou incestueux, elle ne permet pas non plus d'assimiler l'enfant naturel dont la filiation n'est que déclarée par un jugement, à l'enfant naturel dont la filiation est authentiquement avouée par le père ou la mère. En effet, autant il est impossible que la femme qui, volontairement et par un acte authentique, s'est reconnue mère d'un enfant, ait le moindre doute sur sa maternité, autant il est naturel que la femme qui a été jugée mère malgré elle, persiste à soutenir qu'elle ne l'est pas. Que l'on n'ait aucun égard à sa dénégation et qu'elle fléchisse devant l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il ne s'agit que de simples alimens, cela est tout simple; mais pousser l'effet de la présomption légale de maternité que le jugement élève contre une femme, jusqu'à en conclure que l'enfant dont elle est jugée mère, et qui peut lui être tout-à-fait étranger, exercera dans sa succession les mêmes droits que si elle l'avait elle-même proclamé comme sien, c'est à quoi l'équité s'oppose manifestement.

D'un autre côté, dire qu'en réduisant au simple droit d'exiger des alimens, l'enfant naturel dont la filiation n'est que déclarée par un jugement, l'on confond cet enfant avec le bâtard adultérin ou incestueux, c'est précisément supposer ce qui est en question.

Il faut donc en revenir au texte de la loi, et rechercher ce qu'entend l'art. 756 par les mots *Légalement reconnu.*

Il désigne sans contredit par ces mots l'enfant naturel qui a été reconnu dans la forme déterminée par l'art. 334, c'est-à-dire, par un acte volontaire et authentique.

Mais y comprend-il également l'enfant naturel dont la filiation n'est déclarée que par un jugement? Et est-ce bien ainsi qu'il serait conçu, si l'intention du législateur était de placer sur la même ligne les deux modes de preuve de la filiation, et de faire dériver de l'un les mêmes droits successifs que de l'autre?

Pour nous fixer là-dessus, interrogeons l'art. 1322, et voyons comment le législateur s'y exprime pour assimiler la preuve qui résulte d'un acte sous seing-privé que reconnaît la partie contre laquelle on s'en prévaut, à la preuve qui résulte d'un acte sous seing-privé que le juge, nonobstant la dénégation de cette partie, déclare être écrit de sa main : « L'acte » sous seing-privé (dit-il) *reconnu* par celui » à qui on l'oppose, ou *légalement tenu pour* » *reconnu*, a, entre ceux qui l'ont souscrit et » entre leurs héritiers et ayant-cause, la » même foi que l'acte authentique ». Pourquoi, dans cette disposition, le législateur ne se borne-t-il pas à dire : *reconnu par celui à qui on l'oppose ?* Pourquoi à ces mots ajoute-t-il ceux-ci : *ou légalement tenu pour reconnu?* C'est évidemment parcequ'à ses yeux, la seconde de ces locutions n'est pas renfermée dans la première; parcequ'il regarde l'idée exprimée par la première, comme toute différente de l'idée exprimée par la seconde. Et en effet, on dit très-bien d'une partie à laquelle est opposé un acte sous seing-privé, et qui s'en avoue l'auteur, qu'elle le *reconnaît;* mais on ne dit ni ne peut dire la même chose du jugement qui, lorsque cette partie méconnaît son écriture, décide que c'est réellement elle qui a écrit l'acte. Le juge *vérifie* les faits contestés, mais il ne les *reconnaît* pas. *Reconnaître,* c'est l'affaire de la partie; *vérifier,* c'est la fonction du juge; et ce n'est jamais qu'à défaut de *reconnaissance,* qu'il y a lieu à *vérification.* Aussi ces deux opérations sont-elles parfaitement distinguées l'une de l'autre dans le Code de procédure : « Lorsqu'il s'agira (y est-il dit, art. 193) de » *reconnaissance* et de *vérification* d'écri- » tures privées, le demandeur pourra, sans » permission du juge, faire assigner à trois » jours, *pour avoir acte de la reconnais-* » *sance, ou pour faire tenir l'écrit pour re-* » *connu*..... Si le défendeur (ajoute l'art. 194) » ne comparaît pas, il sera donné défaut, et » *l'écrit sera tenu pour reconnu :* si le défen- » deur *reconnaît* l'écrit, le jugement en don- » nera acte au demandeur ». Ainsi, dans ce second cas, ce n'est pas le jugement qui *reconnaît;* il ne fait que *donner acte* de la reconnaissance.

Que faudrait-il, d'après cela, pour que l'art. 756 fût applicable à l'enfant naturel dont la filiation, contestée par le père ou la mère assigné en déclaration de paternité, a été déclarée par un jugement? Bien évidemment il faudrait que l'art. 756 ne se bornât pas à dire : *lorsqu'il a été légalement reconnu;* il faudrait qu'il ajoutât : *ou tenu pour légalement reconnu.* Or, cette addition, il ne la contient pas. Son intention n'est donc pas d'assimiler à la filiation reconnue volontairement et par un acte authentique, la filiation qui, après contestation, est déclarée par un jugement.

Mais d'ailleurs toute difficulté est nettement tranchée par l'art. 765 : « La succession de » l'enfant naturel décédé sans postérité (y » est-il dit) est dévolue *au père ou à la mère* » *qui l'a reconnu;* et par moitié à tous les » deux, s'il a été *reconnu par l'un et par* » *l'autre* ». Assurément on ne dira pas que le père ou la mère a *reconnu* l'enfant naturel qui, malgré le père ou la mère, s'est fait tenir pour reconnu par un jugement. Le mot *reconnu* ne peut donc s'entendre dans cet article, que d'une reconnaissance volontaire. Et comment, dès-lors, pourrait-il être entendu d'un jugement dans l'art. 756? Quoi! L'enfant naturel qui n'aurait d'autre titre de filiation qu'un jugement, pourrait exercer des droits sur la succession de son père ou de sa mère; et son père ou sa mère n'en pourrait exercer aucun sur la sienne! Non, cela est impossible; le droit de succéder est essentiellement réciproque.

Ce n'est pas tout. Les art. 756 et suivans ne sont que la suite de l'art. 338 qui renvoie au titre *des successions,* la détermination des droits des enfans naturels sur les successions de leurs père et mère. Eh bien! A quels enfans naturels l'art. 338 se rapporte-t-il? Aux enfans naturels dont la filiation est déclarée par un jugement, comme aux enfans naturels reconnus volontairement par un acte authentique? Non, il ne se rapporte qu'à ceux-ci; car, d'un côté, il suit immédiatement les art. 334, 335, 336 et 337, qui ne parlent que de la reconnaissance volontaire; de l'autre, il précède les art. 340, 341 et 342, où il n'est question que de la *recherche de la paternité et de la maternité;* et il serait absurde de supposer que le législateur l'eût placé entre les uns et les autres, au lieu de le placer à la suite de tous, si son intention n'eût pas été de le restreindre aux premiers, s'il n'eût pas voulu en exclure les seconds.

Enfin, ce qui prouve invinciblement qu'il en a effectivement exclu ceux-ci, c'est qu'il a

rejeté la proposition qui avait été faite par la section de législation du tribunat, dans ses conférences sur l'art. 341 avec la section de législation du conseil d'état, de les assimiler aux premiers, en attribuant au jugement déclaratif de la maternité, les mêmes effets qu'à l'acte authentique qui en contiendrait la reconnaissance volontaire.

« Pour empêcher qu'on ne donne à cet article une extension qui serait une source » de scandale et de trouble, et pour avertir » en même temps que les articles relatifs à » la reconnaissance d'un enfant sont, quant » à l'effet, applicables à la preuve résultant de » la recherche de la maternité », la section de législation du tribunat avait proposé de substituer au premier alinéa la rédaction suivante : « La recherche de la maternité est admise dans le cas où, aux termes de l'art. 2 » (325), la reconnaissance peut avoir lieu. » Elle n'est point admise lorsque la mère » est, au moment de la demande, engagée » dans les liens du mariage. L'effet de la » preuve résultant de cette recherche, sera » le même que celui de la reconnaissance (1) ».

Mais qu'est devenu cet amendement, lors du rapport qui en a été fait au conseil d'état? Les trois propositions dont il se composait, ont été rejetées.

La première l'a été, parcequ'elle était comprise dans l'art. 342, et que, dès-là, elle n'aurait formé, dans l'art. 341, qu'une inutile redondance.

La seconde l'a été, parcequ'elle était contraire à la résolution que le conseil d'état avait prise, le 26 brumaire an 10, de ne pas excepter de la disposition générale de l'art. 341, le cas où la mère serait, au moment de la demande formée contre elle en déclaration de maternité, engagée dans les liens d'un mariage (2).

Et l'on sent bien que la troisième n'a pas pu être rejetée par le même motif que la première, c'est-à-dire, comme inutile. Car certes, si l'intention du conseil d'état eût été d'assimiler, quant aux droits sur les successions, *la preuve résultant de la recherche de la maternité*, à une reconnaissance volontaire et authentique, il n'aurait pas pu qualifier d'inutile une disposition qui avait pour objet de le déclarer franchement. Il est évident, au contraire, qu'il l'aurait jugée indispensable pour faire cesser les objections qui sortaient tout naturellement contre l'opinion qu'elles tendaient à consacrer, et de ce que, dans l'art. 756, il devait bien être question des enfans naturels *légalement reconnus*, mais non pas des enfans naturels *tenus pour légalement reconnus*; et de ce que l'art. 338 dont l'art. 756 n'est que la suite, ne se rapporte manifestement qu'aux enfans naturels reconnus volontairement. Il est donc clair, clair comme le jour, que la disposition dont il s'agit, n'a pu être rejetée par le conseil d'état, que parcequ'elle se trouvait, comme la seconde, en opposition avec l'esprit dans lequel avait été rédigé l'art. 341.

Je sais bien qu'il existe, contre mon opinion, un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 27 juin 1812, et un autre de la cour d'appel de Rouen, du 17 mars 1813. Mais comment sont-ils motivés? Le premier ne répond à aucune des raisons que je viens de faire valoir; il considère seulement que, « suivant le Code, » la recherche de la maternité étant admise, » la preuve de la filiation et la reconnaissance » judiciaire qui en résultent, ont tous les ef- » fets d'une reconnaissance volontaire, et » donnent à l'enfant naturel, dans la Suc- » cession de sa mère, les droits résultant des » art. 756 et 757 du Code civil (1) ». Le second laisse de côté la question de droit, et ne s'attache qu'au fait : « Attendu (porte-t-il) que » François Boullanger, dit Renet, a complè- » tement prouvé, tant par les actes qu'il a » produits, que par l'enquête, son identité » avec l'enfant mâle, nommé Jean-François, » dont Angélique Boullanger est accouchée » le 11 novembre 1756 (2) ». Ces deux arrêts laissent donc toute leur force aux argumens qui me paraissent justifier complètement l'opinion que j'ai avancée dans mes conclusions du 28 mai 1810.

2° La mère qui n'a pas concouru à l'acte authentique, par lequel le père a reconnu leur enfant naturel, mais qui y est indiquée comme lui ayant donné le jour, et qui a confirmé cette indication par un acte postérieur, dans lequel elle a figuré comme mère, peut-elle, si cet enfant vient à mourir avant elle, réclamer sa Succession, comme si elle l'avait reconnu directement?

Nul doute sur l'affirmative, si l'acte dans lequel la mère a énoncé sa maternité, est en forme authentique; et c'est ce qui a été jugé

(1) Conférences du Code civil, par M. Favard de l'Anglade, tome 2, page 300.

(2) *Esprit du Code civil* de M. Locré, art. 341, n° 1er.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 12, page 418.

(2) *Ibid.*, tome 13, partie 2, page 230.

par la cour de cassation, dans l'espèce suivante.

Le 9 janvier 1810 et le 12 février 1812, le sieur André, domicilié à Cayenne, présente à l'officier de l'état civil deux enfans naturels qu'il déclare être nés de sa co-habitation avec la dame Chambeau, épouse divorcée du sieur Kuntz.

Il meurt le 1er mars 1814, ne laissant pour successible qu'une sœur.

Un tuteur est nommé à ses enfans naturels; et à l'inventaire qu'il fait faire de la Succession, comparaît personnellement la dame Chambeau, en qualité de mère naturelle des deux enfans.

Ceux-ci meurent, l'un au mois d'octobre de la même année, l'autre en juin 1817. La dame Chambeau réclame leurs Successions, et par suite, la moitié des biens dont se compose celle de leur père.

La sœur du défunt lui oppose le défaut de reconnaissance de sa part.

Le 28 juin 1819, jugement qui accueille les deux demandes de la dame Chambeau, « attendu que, quoiqu'elle n'ait pas eu la tutelle de ses enfans, elle n'a point été pour cela déchue de ses droits; que la reconnaissance authentique du sieur André, comme père des deux enfans naturels, avec indication, dans leur acte de naissance, de la dame Chambeau pour leur mère, est suffisante et valable dans le sens de l'art. 334 du Code civil, d'autant plus que la dame Chambeau est notoirement connue pour avoir donné des soins à ces enfans en sa qualité de mère, qualité qu'elle a prise d'ailleurs dans les actes de la procédure actuelle et dans l'inventaire fait après le décès du sieur André, le 7 mars 1814 ».

Mais sur l'appel, arrêt de la royale de Cayenne, du 5 janvier 1820, qui réforme ce jugement, « attendu qu'aux termes de l'art. 336, la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père; que l'aveu de la dame Chambeau devait nécessairement être joint à l'indication consignée dans l'acte de naissance; qu'elle n'a fait cet aveu, ni par acte authentique, ni par aucun acte public ou sous seing-privé, soit en justice, soit autrement; que, bien que la loi n'ait pas déterminé le délai dans lequel l'aveu de la mère doit être fait, il ne peut du moins l'être après leur mort ».

La dame Chambeau se pourvoit en cassation; et par arrêt du 26 avril 1824, au rapport de M. Legonidec, sur les conclusions conformes de l'avocat-général Jourde, et après délibéré en la chambre du conseil,

« Vu les art. 336 et 765 du Code civil..... ;

» Attendu que le but de l'art. 336 est de protéger les femmes contre les indications arbitraires d'une maternité qu'elles repoussent et désavouent; que, s'il résulte de sa disposition que la reconnaissance du père et l'indication de la mère n'ont point d'effet contre la mère indiquée, *sans son aveu*, il résulte aussi du même article, comme conséquence naturelle de sa disposition, que, lorsqu'il y a reconnaissance du père et indication de la mère consignées dans un acte authentique, l'*aveu* de la mère suffit pour rendre la reconnaissance parfaite, et pour lui faire produire tous ses effets tant à l'égard du père que relativement à la mère;

» Que cet article, ni aucun autre, ne prescrit de forme particulière pour l'*aveu* de la mère, soit parcequ'étant le complément de la reconnaissance du père, avec laquelle il s'identifie, il participe ainsi à son authenticité, soit parcequ'au fond, on ne doit pas imposer des formes trop rigoureuses à cet aveu, sous une législation qui, d'un côté, a prescrit des mesures pour faire déclarer et constater tous les accouchemens, et qui, d'un autre côté, a admis la recherche de la maternité;

» Que les tribunaux ne peuvent se montrer plus sévères que la loi;

» Et attendu que, dans l'espèce, il est constant que, dans les actes de naissance des deux enfans naturels, Auguste et Cornélie, en date des 7 février 1810 et 21 avril 1812, le sieur André s'en est reconnu le père, et a indiqué la dame Chambeau pour leur mère; qu'il est également constant que, dans l'inventaire auquel il a été procédé par le juge de paix du lieu en présence du procureur du roi, après le décès du sieur André, et sous la date du 7 mars 1814 et jours suivans, *par conséquent du vivant des deux enfans*, la dame Chambeau a personnellement comparu avec la qualité de mère des deux enfans, et qu'elle y a fait divers dires et réclamations consignées au procès-verbal, qui confirment l'indication de maternité contenue dans les actes de naissance; que, dès-lors, se trouvaient remplies les trois conditions voulues par l'art. 336, qui sont la reconnaissance du père, l'indication et l'aveu de la mère; d'où il suit que ces deux enfans naturels ont dû être considérés comme légalement reconnus par leur père et par leur mère; qu'il suit de là qu'en refusant à la dame Chambeau la succession de ces mêmes enfans, l'arrêt attaqué a

violé en même temps les art. 336 et 765 ci-dessus cités;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle....(1) ».

3° En serait-il de même si, après la mort du père qui a reconnu l'enfant naturel par l'acte de naissance, avec indication de la mère, celle-ci avait, en qualité de tutrice légale, exercé par le ministère d'huissiers et d'avoués non munis de sa part de procuration authentique, ni même sous seing-privé, des poursuites tendant à faire délivrer à l'enfant la part qui lui revenait dans les biens du père?

Oui sans doute, et c'est ce qu'a jugé, en audience solennelle, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 4 février 1811,

« Attendu que l'acte de naissance de l'enfant naturel au nom duquel Eugénie Carton a formé sa demande, contient non-seulement la reconnaissance formelle du père, mais indique en même temps sa mère dans la personne d'Eugénie Carton;

» Que cette indication, faite par le père naturel, est conforme à la déclaration de la naissance de cet enfant, qui se trouve faite, au vœu de l'art. 56 du Code civil, par Clément Lefebvre, chez lequel Eugénie Carton, sa nièce, est accouchée et qui a signé l'acte de naissance comme témoin;

» Attendu que, si, aux termes de l'art. 336 du Code civil, la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père, il suit dans le sens grammatical que présente cet article, où la préposition *sans* signifie *si ce n'est que, à moins que*, que, s'il y a indication et aveu de la mère, la reconnaissance opère contre l'un et l'autre, et que le vœu de l'art. 334 se trouve même rempli, parceque l'indication et l'aveu se rattachent à l'acte authentique qui contient la reconnaissance du père;

» Attendu que la loi ne détermine pas le délai dans lequel l'aveu de la mère doit être fait, et qu'il est au moins certain qu'elle n'a pas pu ni voulu l'exiger dans l'acte de naissance, puisque l'état de la mère ne lui permet pas d'y être présente;

» Qu'il suffit donc qu'elle joigne son aveu à l'indication consignée dans l'acte de naissance;

» Et attendu qu'en poursuivant en justice les droits d'Augustin-Léonard Nuytten, en qualité de mère et tutrice, elle a reconnu et approuvé l'indication contenue dans l'acte de naissance, et réuni l'aveu de sa maternité à la reconnaissance du père;

» Qu'elle s'est ainsi approprié tous les effets de la reconnaissance à son égard, de la même manière qu'ils étaient déjà fixés à l'égard du père;

» Attendu que les officiers ministériels et les avoués sont censés avoir le pouvoir d'agir au nom des parties jusqu'au désaveu qui n'appartient qu'à leur commettant (1) ».

Et vainement cet arrêt a-t-il été dénoncé à la cour de cassation; il a été maintenu par un arrêt contradictoire, du 22 juin 1813, au rapport de M. Babille, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert, « attendu que, » si la reconnaissance de l'enfant naturel » doit, aux termes de l'art. 334, être faite » par acte authentique, il n'en est pas de » même de l'aveu que la mère peut joindre à » la reconnaissance dans laquelle le père » l'a désignée comme telle; soit parceque » l'art. 336, relatif à cet aveu, ne l'exige pas, » soit parceque cet aveu étant le complément » de la reconnaissance authentique du père, » doit participer à son authenticité; soit en- » fin, parceque la recherche de la maternité » étant admissible, la loi ne peut pas être » aussi sévère par rapport à la reconnais- » sance de la mère qu'à l'égard de celle du » père ».

4° Mais que serait-ce, s'il n'existait, de la part de la mère, d'autre preuve écrite de son adhésion à la reconnaissance authentique du père où elle serait nommée, qu'un acte sous seing-privé dont la date serait devenue certaine avant la mort de l'enfant naturel?

Il faudrait encore juger la même chose, parcequ'à ce cas s'appliqueraient aussi bien qu'aux deux précédens, les motifs des deux arrêts de la cour de cassation, des 22 juin 1813 et 26 avril 1824; et c'est ainsi que la question a été résolue par un arrêt rendu en audience solennelle, par la cour royale de Douai, le 23 janvier 1819, et rapporté dans les *Annales* de cette cour, tome 1er, page 267.

IV. Quel est le sens de l'art. 757 ci-dessus transcrit? En résulte-t-il que, pour déterminer le droit de l'enfant légalement reconnu, sur les biens de son père ou de sa mère, on doit faire abstraction de la quotité disponible? Ou doit-on, du moins, à défaut de disposition contraire de la part du père ou de la mère,

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 26, page 139.

(1) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 22, page 49.

laisser prendre à l'enfant naturel, ou le tiers, ou la moitié, ou les trois quarts de la portion qu'il aurait eue *ab intestat*, s'il eût été légitime, suivant les distinctions écrites dans le texte cité?

Le 12 juillet 1789, Pierre Montlaur intervient au contrat de mariage d'Élisabeth-Marie-Anne avec Jean Bitharux, la reconnaît pour sa fille naturelle, et lui constitue en dot une rente de 75 livres.

Le 22 germinal an 7, testament notarié par lequel, en renouvelant cette reconnaissance, il institue sa fille naturelle héritière universelle.

Il meurt le 15 pluviôse an 9, laissant pour héritiers légitimes des frères et des sœurs.

Ceux-ci réclament la Succession. La dame Bitharux soutient qu'elle lui appartient tout entière.

Pendant le procès, paraissent le titre *des Successions* du Code civil, et la loi transitoire du 14 floréal an 11. Par l'effet de ces lois nouvelles, les droits de la dame Bitharux sont fixés au taux déterminé par l'art. 757 de la première, sans que, d'après l'art. 908, on puisse avoir égard aux dispositions du père qui excèdent ce taux. Mais ce taux, quel est-il? Les frères et les sœurs du défunt soutiennent que c'est la moitié de la moitié, c'est-à-dire, le quart. Et voici comment ils cherchent à l'établir.

« Par l'art. 757 du Code, le droit de l'enfant naturel reconnu, sur les biens que le père ou la mère laisse à son décès, est gradué sur la proximité de la parenté des héritiers légitimes. Ce droit consiste dans une fraction de la *portion héréditaire* que l'enfant naturel aurait recueillie, s'il eût été enfant légitime.

» Or, qu'est-ce que la *portion héréditaire* d'un enfant légitime? Ce n'est que la part que la loi lui défère dans les biens du père ou de la mère, nonobstant toute disposition, c'est-à-dire, ce dont le père ou la mère ne peut disposer au préjudice de l'enfant légitime. Ce n'est pas qu'en cas de non disposition, l'enfant légitime ne recueille, à titre d'héritier, la portion des biens qui était disponible, comme celle qui était indisponible. Mais on ne peut regarder comme part héréditaire, ce dont l'enfant légitime peut être privé par l'effet seul de la volonté du père ou de la mère. Et si la portion héréditaire de l'enfant légitime ne se compose que de la réserve légale, que de ce dont le père ou la mère ne peut pas disposer, il est facile de déterminer la quotité du droit de l'enfant naturel reconnu. Lorsqu'il y a des enfans légitimes, il doit avoir le tiers de ce qu'il aurait eu, s'il eût lui-même été enfant légitime, et que son père ou sa mère eût disposé de ce qui était disponible. Lorsqu'il n'y a pas d'enfant légitime, l'enfant naturel reconnu doit avoir, suivant que les héritiers légitimes sont des ascendans, ou des frères ou sœurs, ou des parens plus éloignés, la moitié ou les trois quarts de ce qu'il aurait eu, s'il eût été lui-même enfant légitime, et que son père ou sa mère eût usé du droit de disposer de la moitié de ses biens. Il est évident que, dans ces deux cas, le droit de l'enfant naturel reconnu ne peut être que du quart ou des trois huitièmes des biens de la succession : car on ne peut contester que, si l'enfant naturel eût été légitime, le père ou la mère n'eût pu disposer de la moitié de ses biens, et que, s'il en eût disposé, la portion héréditaire de l'enfant n'eût été que de l'autre moitié. Le droit d'un enfant reconnu n'est donc que du quart ou des trois huitièmes de l'hérédité, suivant que les héritiers légitimes sont, ou les ascendans, ou les frères ou sœurs du défunt, ou ses parens moins proches. Il faut bien remarquer que la loi n'attribue à l'enfant naturel reconnu, qu'une fraction de la portion proprement dite héréditaire; il l'obtiendrait cependant tout entière, s'il prenait la moitié de la Succession, lorsque les héritiers légitimes sont les ascendans ou les frères ou sœurs du défunt; il aurait même plus que toute cette portion, s'il prenait les trois quarts de la Succession, lorsque les héritiers du défunt ne sont ni ses ascendans ni ses frères ou sœurs. Cette intensité donnée au droit de l'enfant naturel reconnu, est inconciliable avec la réserve légale des ascendans, avec la faculté que le père ou la mère a de disposer d'une partie de ses biens. Celui qui n'a pas de descendans, mais bien des ascendans, peut disposer de la moitié de ses biens; l'autre moitié est réservée aux ascendans. Mais supposons que le défunt ait laissé des ascendans et un enfant naturel reconnu : les premiers devront recueillir la moitié de la Succession, nonobstant toute disposition; et si l'autre moitié est dévolue à l'enfant, il est clair que le père n'aura pu non plus en disposer; mais s'il en avait disposé, soit en totalité, soit en partie, que deviendrait la disposition, comment serait-elle exécutée, si le père n'a pas pu priver les ascendans de la moitié qui leur est réservée, ni l'enfant naturel de l'autre moitié destinée à le remplir de son droit? Il faut donc aller jusqu'à prétendre que le père ou la mère ne peut disposer d'aucune partie de ses biens, lorsqu'il laisse un enfant naturel reconnu et des ascen-

dans dans les deux lignes; ou convenir que le droit de l'enfant naturel ne peut, dans ce cas, être de la moitié de l'hérédité. Il en est de même, lorsque des ascendans du défunt concourent avec ses frères ou sœurs, l'art. 757 du Code civil ayant placé les deux cas sur la même ligne. Mais il est évident que le législateur, dans cette première locution de cet art. 757, *si le père a laissé des descendans légitimes, ce droit est du* TIERS *de la portion héréditaire; il est de la* MOITIÉ, *lorsque*, etc., a entendu rapporter toutes les fractions, toutes les quotités déterminées du droit de l'enfant naturel, aussi bien à la *moitié*, aux *trois quarts*, qu'au *tiers*, première fraction précise de la portion héréditaire. Le droit de l'enfant naturel est donc ici de la moitié de la *portion héréditaire*; autrement, il faudrait prendre le tout pour la partie, et la partie pour sa fraction. En effet, pour concilier toutes les dispositions du Code civil, il faut en conclure que la portion de l'enfant légitime ne consiste, à proprement parler, que dans la réserve que la loi fait pour lui d'une portion des biens du père et de la mère, et dont elle défend à ceux-ci de disposer. La loi ne défère donc à l'enfant naturel reconnu, pour son droit sur les biens de ses père et mère décédés, qu'un quart, s'il y a des ascendans ou des frères et sœurs, ou que trois huitièmes, si les héritiers sont parens plus éloignés du défunt ».

La dame Bitharux répond que le système de ses adversaires ne repose que sur une fausse base; que ses adversaires supposent que, par *portion héréditaire*, l'art. 757 n'entend que la portion indisponible; qu'il est néanmoins facile de sentir que la *portion indisponible* et la *portion héréditaire* ne sont synonymes que dans le cas où le défunt a donné ou légué la partie de ses biens dont la loi lui permettait la disposition; qu'à défaut de disposition du défunt, la portion héréditaire de chacun de ses héritiers se compose, non-seulement de ce qu'il n'aurait pas pu leur ôter, mais encore de ce qu'il ne leur a pas ôté, ayant le pouvoir de le faire.

Cette défense a prévalu. Par arrêt du 20 mars 1806, la cour d'appel de Pau a adjugé à la dame de Bitharux la moitié de la Succession de Pierre Montlaur.

Recours en cassation de la part des frères et des sœurs; mais vaine tentative. Le 21 janvier 1808, au rapport de M. Lachèse,

« Attendu qu'en ne réduisant pas les droits d'Élisabeth-Marie-Anne Montlaur, ou des enfans qui la représentent, à la moitié de ce dont son père n'aurait pas pu la priver, si elle eût été légitime, l'arrêt attaqué n'a pas contrevenu formellement aux art. 756 et 757 du Code civil, ces articles ne prescrivant pas nécessairement une pareille limitation;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

Au surplus, *V.* les articles *Bâtard, sect.* 2 et *Réserve*, sect. 4.

ART. II. *Des droits de l'époux survivant et de l'État.*

I. Voici quelles sont là-dessus les dispositions du Code civil:

« Art. 767. Lorsque le défunt ne laisse ni parens au degré successible, ni enfans naturels, les biens de sa Succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit.

» 768. A défaut de conjoint survivant, la Succession est acquise à l'État.

» 769. Le conjoint survivant et l'administration des domaines qui prétendent droit à la Succession, sont tenus de faire apposer les scellés, et de faire faire inventaire dans les formes prescrites pour l'acceptation des Successions sous bénéfice d'inventaire.

» 770. Ils doivent demander l'envoi en possession au tribunal de première instance dans le ressort duquel la Succession est ouverte. Le tribunal ne peut statuer sur la demande qu'après trois publications et affiches dans les formes usitées, et après avoir entendu le procureur du roi.

» 771. L'époux survivant est encore tenu de faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution, au cas où il se présenterait des héritiers du défunt, dans l'intervalle de trois ans: après ce délai, la caution est déchargée.

» 772. L'époux survivant ou l'administration des domaines qui n'auraient pas rempli les formalités qui leur sont respectivement prescrites, pourront être condamnés aux dommages et intérêts, s'il s'en représente.

» 773. Les dispositions des art. 769, 770, 771 et 772 sont communes aux enfans naturels appelés à défaut de parens ».

II. Le gouvernement peut-il, tant qu'il n'a pas acquis incommutablement la propriété des biens qui lui sont échus par cette voie, les faire vendre administrativement?

Voici un avis du conseil d'état, du 17 septembre 1811, approuvé le 26 du même mois, qui décide que non:

« Le conseil d'état, qui a entendu le rapport de la section des finances sur celui du ministre de ce département, tendant à autoriser le préfet du département de la Seine à faire procéder, dans les formes prescrites pour

l'aliénation des domaines nationaux, à la vente d'une maison située à Paris, rue de la Tixeranderie, n° 68, et indivise entre le gouvernement et les héritiers de la dame Bourseret;

» Vu les pièces produites, le procès-verbal de l'architecte du domaine, constatant le mauvais état de la maison dont il s'agit; la demande du préfet du département de la Seine, ayant pour objet d'être autorisé à faire vendre ladite maison par voie administrative, en raison de son peu de valeur; ensemble les observations et avis du conseiller d'état directeur général de l'administration des domaines;

» Considérant 1° que le gouvernement, à l'époque actuelle, n'a que la jouissance de la portion qui lui est échue par suite de la déshérence, et qu'il n'en peut disposer comme d'une propriété à lui appartenant, attendu qu'il représente, dans l'administration des biens, des héritiers du sieur Bourseret, qui ne sont point connus; 2° que le mode de vendre administrativement, bien que paraissant moins dispendieux, pourrait laisser craindre aux héritiers connus et aux créanciers, quelque atteinte à leurs droits;

» Est d'avis que la vente de la maison dont il s'agit, doit être faite devant les tribunaux, dans les formes prescrites par le tit. 7 du liv. 2 du Code de procédure civile ».

Section III. *Des droits d'enregistrement auxquels les Successions donnent lieu.*

I. La loi du 22 frimaire an 7, qui n'est en cela que l'écho de celle du 5-19 décembre 1790, porte, art. 4, qu'il est dû un « droit » proportionnel d'enregistrement....., pour » toute transmission de propriété.... de biens » meubles et immeubles,..., par décès ».

Et par l'art. 69, elle fixe ce droit à 25 centimes par 100 francs, pour les Successions de biens meubles en ligne directe (§. 1, n° 3); à un franc par 100 francs, pour les Successions de biens immeubles dans la même ligne (§. 3, n° 4); à un franc 25 centimes par 100 francs, pour les Successions de biens meubles en ligne collatérale (§. 4, n° 2); à 5 francs par 100 francs, pour les Successions d'immeubles dans la même ligne.

Mais cette fixation est changée, à l'égard des Successions collatérales, par l'art. 53 de la loi du 28 avril 1816:

« Les droits de mutation qui s'institueront (porte-t-il) par décès, soit par Succession, soit par testament ou autres actes de libéralité à cause de mort, de propriété ou d'usufruit de biens meubles et immeubles entre époux, en ligne collatérale et entre personnes non parentes, seront perçus selon les quotités ci-après:

» Pour les biens *immeubles*,

» D'un époux à un autre époux, par donation ou testament, trois francs par cent francs;

» Des frères et sœurs à des frères et sœurs et descendans d'iceux, Successions de neveux et nièces, petits-neveux et petites-nièces, dévolues à des oncles et tantes, grands-oncles et grand'tantes, et autres parens au degré successible, cinq francs par cent francs;

» Entre toutes autres personnes, sept francs par cent francs;

» Pour les biens *meubles*,

» Entre époux, un et demi pour cent; entre frères, sœurs, oncles, tantes, neveux et nièces et autres parens au degré successible, deux et demi pour cent;

» Entre toutes autres personnes, trois et demi pour cent.

» Lorsque l'époux survivant ou les enfans naturels sont appelés à la Succession, à défaut de parens au degré successible, ils seront considérés, quant à la quotité des droits, comme personnes non parentes ».

II. Comment se déterminent les valeurs sur lesquelles doit être perçu le droit d'enregistrement auquel les Successions donnent ouverture?

La loi du 22 frimaire an 7 distingue entre les Successions de meubles et les Successions d'immeubles.

Pour les premières, elle veut, art. 14, n° 8, que les valeurs soient déterminées *par la déclaration estimative des parties sans distraction des charges*.

Et elle porte, art. 25, n° 7, que, relativement aux secondes, *l'évaluation sera faite et portée à vingt fois le produit des biens, ou le prix des baux courans, sans distraction des charges*.

L'art. 19 ajoute qu'*il y aura lieu à requérir l'expertise...., lorsque l'insuffisance dans l'évaluation ne pourra être établie par actes qui puissent faire connaître le véritable revenu des biens*.

Il n'y a donc pas lieu à l'expertise, lorsqu'il existe des baux; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 18 février 1807, dont voici l'espèce et le dispositif:

« Les héritiers Lascarie avaient fait une déclaration des biens que le décès de leur père leur avait transmis. Le receveur de l'enregistrement découvrit qu'elle était bien inférieure

au prix des baux existans lors de la mutation; il décerna contrainte en conséquence. Sur l'opposition, il fut ordonné une expertise, sur la demande des héritiers Lascarie qui prétendaient que ces baux étaient excessifs et ne pouvaient servir de guide. Le jugement était motivé et fondé sur l'art. 5 de la loi du 5-19 décembre 1790 et l'art. 10 de celle du 14 thermidor an 4. Sur le pourvoi en cassation de la part de la régie, la cour a rendu l'arrêt suivant :

» Ouï le rapport de M. Schwendt...,

» Vu les art. 15 et 19 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Considérant que ces dispositions n'admettent l'évaluation par expertise, qu'à défaut de baux courans et autres actes qui peuvent constater les revenus des immeubles; et qu'en accordant à la régie la faculté de requérir l'expertise en cas d'inexistence d'actes de cette nature, et d'insuffisance des évaluations faites par les parties, elles ont substitué ce mode à celui porté par les lois antérieures; que, dans l'espèce, la régie se fondait sur un bail existant;

» La cour casse le jugement rendu le 21 fructidor an 13 par le tribunal civil de Nice.... ». (*Bulletin civil de la cour de cassation*).

III. L'envoi des héritiers présomptifs d'un absent en possession provisoire de ses biens, donne-t-il ouverture aux mêmes droits d'enregistrement qui seraient dus en cas de décès légalement constaté?

L'art. 12 de la loi des 29 septembre-9 octobre 1791 avait prévu cette question; et voici comment il la décidait :

« Pour les héritiers des absens, le délai de » six mois ne commencera à courir que du jour » qu'ils auront pris la Succession; et en cas » de retour de l'absent, les droits seront res- » titués ».

Mais cet article étant compris dans l'abrogation générale que prononçait l'art. 73 de la loi du 22 frimaire an 7, de toutes les dispositions des lois antérieures sur le droit d'enregistrement, la question s'est trouvée absolument indécise.

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 27 avril 1807, qui, dans cet état de la législation, l'a jugée pour l'affirmative, mais dans une espèce particulière.

« Par jugement du 26 frimaire an 14, le tribunal d'Espalion avait jugé qu'il ne suffisait pas que Pierre Nayroles et Catherine Nayroles, femme Teyssèdre, se fussent mis en possession de la Succession de leur frère absent, mais que, pour exiger les droits de mutation, la régie de l'enregistrement devait établir d'une manière légale, le décès de la personne absente. Violation de l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7. L'arrêt qui a cassé ce jugement, est ainsi conçu :

» Ouï le rapport de M. Doutrepont....;

» Vu l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7.... ;

» Attendu que, *par le contrat public du 3 messidor an 10, les défendeurs ont suffisamment annoncé qu'ils s'étaient mis en possession de la Succession de leur frère, absent;* or, selon l'article cité, le délai de six mois, pour faire la déclaration de cette Succession, à l'effet de payer les droits de mutation, court du jour de la mise en possession; et conséquemment ces droits sont dûs dès ce jour, soit que Guillaume Nayroles, absent, soit ou ne soit pas décédé; ainsi, le jugement attaqué a violé l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7;

» La cour casse et annulle.... ». (*Ibid*).

Le 22 juin 1808, autre arrêt qui a jugé la même chose, mais encore dans une espèce particulière.

« Par jugement du 19 février 1807, le tribunal civil de Mont-de-Marsan avait accueilli la contrainte de la régie, quant aux droits de mutation, à titre d'usufruit seulement, et il l'avait rejetée à l'égard du droit de mutation de propriété. Il s'était fondé sur ce que, d'après l'art. 129 du Code civil, Pierre et Antoine Delbois, absens depuis plusieurs années, et du chef desquels la défenderesse tenait les biens, étaient présumés vivans; conséquemment que la propriété de leurs biens ne pouvait passer à la défenderesse, qu'après l'expiration de leur centième année de naissance; mais qu'il n'en était pas ainsi relativement à l'usufruit, parceque le Code civil autorise l'héritier présomptif à se mettre en possession provisoire des biens de l'absent, et même à faire tout ou partie des fruits siens, selon les circonstances. Ce jugement a été cassé en ces termes :

» Ouï le rapport de M. Chasle....;

» Vu l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Attendu que la défenderesse n'ayant pas rempli les formalités prescrites par les art. 115, 116 et 119 du Code civil, pour faire constater et déclarer l'absence prétendue de Pierre et Antoine Delbois, et se faire envoyer en possession provisoire de leurs biens, ne peut pas invoquer les autres dispositions du même Code qui auraient pu favoriser sa prétention de n'être sujette aux droits de mutation qu'après l'envoi en possession définitive;

» Attendu que, dans cet état de choses, et

après qu'un jugement du 10 thermidor an 11, rendu avec un tiers, avait maintenu la défenderesse dans la possession qu'elle avait prise, de son chef, des biens dont il s'agit, la contrainte de la régie était fondée; et qu'en la rejetant à l'égard du droit de mutation de propriété, le tribunal de Mont-de-Marsan a contrevenu aux dispositions de la loi de frimaire an 7;

» La cour casse et annulle.... ». (*Ibid*).

Aurait-on pu juger de même dans ces deux espèces, si l'héritier provisoire de l'absent avait fait tout ce qu'il fallait pour empêcher qu'on ne lui appliquât l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7, c'est-à-dire, s'il avait rempli, pour se faire envoyer légalement en possession provisoire des biens de l'absent, les formalités que lui prescrivaient, dans la première espèce, les règles de l'ancienne jurisprudence, et dans la seconde, les art. 115, 116 et 119 du Code civil?

Cette question s'est présentée le 15 janvier 1811, à l'audience de la section civile.

Dans le fait, la demoiselle Jossens avait obtenu, au tribunal civil de Gand, le 13 fructidor an 12, un jugement qui déclarait absent Josse Jossens, dont elle était l'héritière présomptive; et le 3 brumaire an 13, un second jugement du même tribunal l'avait envoyée en possession provisoire des biens.

La régie de l'enregistrement lui avait, en conséquence, demandé 220 francs pour le paiement des droits de la succession de Josse Jossens; et le 31 mai 1808, le tribunal civil de Gand avait rejeté cette demande,

« Attendu qu'aux termes de l'art. 129 du Code civil, les partages des biens de l'absent ne peuvent avoir lieu que lorsque l'absence a continué pendant trente ans, depuis l'envoi en possession provisoire, ou lorsqu'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent; d'où la conséquence que c'est alors seulement que s'opère la transmission des biens de l'absent aux ayant-droit, si d'ailleurs son décès n'est pas prouvé;

» Qu'il résulte d'ailleurs de l'art. 125 du même Code que la possession provisoire n'est qu'un dépôt qui donne à ceux qui l'obtiennent, l'administration des biens de l'absent, et qui les rend comptables envers lui dans le cas qu'il reparaisse, ou qu'on ait de ses nouvelles:

» D'où il suit que l'envoi en possession n'entraine non plus aucune transmission de jouissance ».

La régie de l'enregistrement demandait la cassation de ce jugement.

Voici comment s'est expliqué M. l'avocat-général Daniels, en portant la parole sur cette affaire:

« La régie fait résulter son moyen de cassation de l'art. 123 du Code civil, suivant lequel, lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent, le testament, s'il en existe un, sera ouvert à la réquisition des parties intéressées ou du procureur (du roi) au tribunal, et les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux qui avaient, sur les biens de l'absent, des droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement, à la charge de donner caution.

» Le trésor public, dit-elle, a une action à exercer au décès de l'absent, pour le paiement des droits d'enregistrement. Il faut donc également lui appliquer le bénéfice de cette disposition. Prétendre que le trésor public en est exclu, ce serait admettre une exception contraire à tous les anciens principes, et qui n'entra jamais dans la pensée des auteurs de la loi nouvelle.

» La régie invoque encore, à l'appui de son recours en cassation, les art. 12 et 24 de la loi du 22 frimaire an 7.

» Mais il nous semble que l'art. 123 du Code civil ne prouve rien pour la régie, et que les art. 12 et 24 de la loi du 22 frimaire an 7 lui sont absolument contraires.

» L'objet du Code civil n'était, ni de régler la perception des droits d'enregistrement, ni de modifier la loi du 22 frimaire an 7.

» L'art. 12 de cette dernière loi porte, à la vérité, que la mutation d'un immeuble en propriété ou usufruit sera suffisamment établie, pour la demande du droit d'enregistrement et la poursuite du paiement contre le nouveau possesseur, soit par l'inscription de son nom au rôle de la contribution foncière, et des paiemens par lui faits d'après ce rôle, soit par des baux par lui passés, ou enfin par des transactions ou autres actes constatant sa propriété ou son usufruit; mais la disposition de cet article uniquement fondée sur *une présomption* légale, n'est plus applicable lorsque celui contre lequel la régie poursuit le paiement des droits de mutation, prouve à l'évidence qu'il n'est que simple administrateur, et qu'il n'a ni la propriété ni l'usufruit de l'immeuble dont il s'agit.

» Ainsi, par exemple, la régie ne peut pas poursuivre celui qui a passé des baux, lorsqu'il prouve qu'il les a passés comme curateur à l'interdiction ou en qualité de mandataire. C'est alors le cas d'appliquer la maxime de droit *præsumptio cedit veritati*.

» L'art. 14 de la même loi suppose que le décès de l'ancien propriétaire est constant : il a seulement pour objet de fixer les *délais* pour l'enregistrement des déclarations que les héritiers, donataires, ou légataires auront à passer des biens à eux *échus* ou *transmis par décès ;* ce sont les termes mêmes de l'article cité.

» Aussi le délai ne commence-t-il à courir que *du jour du décès*.

» Le même article ajoute, à la vérité, que le délai de six mois ne courra que *du jour de la mise en possession, pour la succession d'un absent ;* mais il suffit de le méditer dans son ensemble, pour se convaincre qu'il suppose toujours *le décès* de l'absent.

» Il pose d'abord en principe, que le délai de six mois sera compté du jour du décès, lorsque celui dont *on recueille la Succession*, est décédé *en France*. Puis il ajoute que le même délai ne courra que du jour de la mise en possession pour la *Succession* d'un absent.

» Et la raison en est bien simple. Le décès d'un absent peut être ignoré en France pendant les six mois que la loi accorde aux héritiers pour donner leurs déclarations. Il fallait donc le faire courir, non pas à compter du jour du décès, mais de celui de la mise en possession ; ce qui suppose toujours que l'absent est décédé, que la Succession est réellement ouverte, et pour nous servir des termes du même article, que les biens sont *échus ou transmis par décès*.

» Dans notre espèce, il s'agit de l'envoi en possession provisoire ; et l'art. 125 du Code civil déclare que la possession provisoire ne sera qu'*un dépôt* qui donnera à ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles. Cet envoi n'opère par conséquent aucune mutation ni en propriété ni en usufruit ; et rien ne prouve qu'il donne lieu au paiement des droits qui supposent une mutation.

» Dira-t-on qu'aux termes de l'art. 123, non-seulement les légataires et donataires, mais encore tous ceux qui avaient, sur les biens de l'absent, des droits subordonnés à la condition de son décès, peuvent les exercer provisoirement, à la charge de donner caution ; qu'il n'y a aucun motif d'exclure la régie du même bénéfice ; qu'elle est seulement dispensée de donner caution ?

» Mais il est aisé de concevoir quelles sont les personnes que le législateur a voulu comprendre dans les dispositions de cet article.

» L'absent, par exemple, possède plusieurs immeubles, les uns à titre d'usufruit, les autres en pleine propriété ; l'usufruit s'éteint par la mort naturelle ou civile de l'usufruitier. Le propriétaire exercera donc, en cas d'envoi en possession provisoire, mais à la charge de donner caution, le droit qui lui appartiendra définitivement, en cas de décès.

» C'est ainsi que la loi, en réglant la manière d'après laquelle les biens de l'absent seront *administrés*, accorde toujours la préférence à ceux qui, en cas de décès, auraient le droit de réclamer les mêmes biens ; mais cette disposition, qui n'a pour objet que *l'administration*, ne nous paraît pas applicable à la régie, qui, du vivant de l'absent, n'a aucun droit sur ses biens, et qui, même après son décès, n'est pas appelée à recueillir ses biens.

» L'héritier seul est tenu de payer les droits de mutation, puisqu'il succède. La régie n'exerce sur les biens du défunt qu'un privilége pour sûreté de ses droits.

» L'art. 124 nous fournit une nouvelle preuve que l'art. 123 n'est pas applicable à la régie. Il n'est pas à présumer que le législateur ait voulu subordonner les droits de la régie à la bonne volonté d'un tiers ; et cependant l'art. 124 déclare que l'époux commun en biens peut, en optant pour la continuation de communauté, empêcher l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de *tous* les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. Il faudrait donc dire aussi que la régie peut ou ne peut pas exiger les droits de mutation, suivant que l'époux commun en biens veut ou ne veut pas continuer la communauté ; ce qui serait sans exemple, surtout en matière d'impôts.

» Le législateur a pourvu aux droits du trésor public en mettant les héritiers dans la nécessité de demander un jour l'envoi en possession définitive.

» Tant qu'ils ne jouissent qu'en vertu de l'envoi provisoire, ils ne peuvent, aux termes de l'art. 128, ni aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. Il est donc à présumer qu'on n'omettra jamais de faire prononcer l'envoi définitif ; et c'est alors que les héritiers seront tenus de payer les droits de mutation.

» Nous ne disimulerons pas que cet ordre de choses peut entraîner des inconvéniens ; que les héritiers se contenteront quelquefois de l'envoi provisoire qu'ils auront obtenu, et que les receveurs oublieront peut-être d'exiger les droits après trente ans ; mais il n'appartient qu'au législateur de faire cesser ces in-

convéniens, par une loi qui embrasse cette matière dans toute son étendue.

» L'état actuel de la législation ne permet pas aux tribunaux de condamner au paiement des droits de mutation, des héritiers qui, jusqu'à présent, n'ont ni la propriété ni l'usufruit des biens, et qui peuvent être dépossédés, soit par le retour de l'absent, soit par la preuve qu'à l'époque de son décès, il a laissé d'autres héritiers.

» Dans ces deux cas, les parens envoyés en possession provisoire, ne sont, à la vérité, tenus de rendre que le cinquième ou le dixième des revenus perçus; mais on ne peut pas conclure de là, qu'en attendant, l'usufruit des biens leur appartienne, et que même ils soient tenus de payer pour la totalité, à une époque où la propriété ne leur appartient pas, où leur jouissance se borne à quatre cinquièmes, et où peut-être ils seraient tenus de vendre une partie des biens d'un homme encore vivant, pour trouver les moyens de payer. Le bénéfice qu'ils en retiennent, n'est qu'une récompense de la peine que leur a donnée l'administration et la conservation des biens, et peut-être aussi une rétribution pour les frais d'entretien.

» La Succession n'appartient aux héritiers que dans les cas prévus et aux époques déterminées par les art. 129 et 130 du Code. Quel serait donc le motif de les condamner à payer les droits avant ces époques? Il nous semble que ce serait ajouter à la loi et établir un nouveau principe qui, à défaut de tout autre réglement, trouverait de grandes difficultés dans son exécution.

» La régie prétend que le droit est provisoirement exigible, qu'il doit être liquidé comme si le décès était constaté, sauf à le *restituer* dans les cas prévus par les art. 127, 131 et 132 du Code civil.

» Mais d'abord, comment peut-on liquider le droit, lorsqu'il est encore incertain si l'absent aura définitivement un héritier testamentaire ou *ab intestat*, en ligne directe ou en ligne collatérale?

» En second lieu, quelle serait la loi sur laquelle on pourrait fonder la demande en restitution? L'art. 60 de la loi du 22 frimaire an 7 défend toute restitution *quels que soient les événemens ultérieurs, sauf les cas prévus par la même loi;* et celui qui nous occupe dans ce moment n'est pas de ce nombre. La régie ne pourrait donc exécuter ce qu'elle offre de faire : le paiement serait définitif.

» Il y a plus : si l'un des héritiers mourait après avoir obtenu l'envoi en possession provisoire, la régie devrait, une seconde fois, exiger les droits de mutation; et elle ne devrait pas davantage les restituer, si l'absent se représentait.

» Ces considérations suffisent sans doute pour établir que, dans l'état actuel de la législation, il n'est pas possible d'accueillir la demande de la régie. Nous concluons au rejet ».

Conformément à ces conclusions et après un long délibéré, arrêt du 16 janvier 1811, au rapport de M. Cassaigne, par lequel,

« Attendu que l'envoi des héritiers présomptifs de l'absent en possession provisoire de ses biens, n'étant qu'un dépôt entre les mains de ces héritiers, n'opère ni mutation de propriété ni transmission de jouissance, et que la loi du 22 frimaire an 7, ni les autres postérieures, sur l'enregistrement, n'ont aucune disposition relative à ce dépôt;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

Même arrêt à la section des requêtes, dans l'espèce suivante :

Le 19 juin 1809, jugement du tribunal civil de Gand, qui, d'après un autre jugement par lequel avait été déclarée l'absence de Jean-Louis Vanacker, envoie ses héritiers présomptifs en possession provisoire de ses biens, à la charge de donner caution.

Le 12 mars 1810, contrainte décernée contre Jacques-Antoine Vanacker-Centerick, tant pour lui que pour ses co-héritiers, en paiement des droits d'enregistrement dus à raison de la prise de possession des biens de l'absent Vanacker.

Opposition à cette contrainte; et le 28 mai suivant, jugement qui la déclare nulle.

Recours en cassation contre ce jugement, et par arrêt rendu, le 14 février 1811, sur délibéré, au rapport de M. Lombard-Quincieux,

« Attendu que les héritiers présomptifs de Vanacker ayant rempli les formalités prescrites par les art. 115, 116, 119 et 120 du Code civil, pour faire déclarer son absence et être envoyés en possession provisoire de ses biens, à la charge de donner caution; et que cette possession provisoire n'opérant, aux termes de l'art. 125 du même Code, qu'un dépôt qui ne donne à ceux qui l'obtiennent, que la simple administration des biens de l'absent, et les rend comptables envers lui, il n'y a pas eu, dans l'espèce, ouverture aux droits de mutation;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

L'administration de l'enregistrement a réclamé contre cette jurisprudence.

Consulté par le gouvernement sur sa réclamation, j'ai d'abord rappelé les conclusions

de M. Daniels, transcrites ci-dessus; ensuite j'ai ajouté :

« Je sens bien qu'il manque, sur cette matière, quelque chose à notre législation, et qu'il répugne que l'héritier provisoire d'un absent ne paie aucun impôt pour une jouissance qui, dans toutes les hypothèses, lui sera personnellement fructueuse, au moins jusqu'à une certaine concurrence.

» Mais cette lacune de notre législation, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient de la remplir. Ce pouvoir ne réside que dans la main du législateur.

» Il est vrai que, par l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7, il est dit que *le droit proportionnel est établi pour toute transmission de propriété, d'usufruit ou jouissance de biens meubles et immeubles, soit entre-vifs, soit par décès.*

» Mais 1° la transmission de la jouissance provisoire qui se fait des biens d'un absent à son héritier présomptif, ne s'opère, ni par le décès de l'absent, puisque l'absent n'est pas encore réputé décédé, ni par un acte entre-vifs de sa part, puisque c'est à son insçu qu'elle s'opère.

» 2° Quand on pourrait regarder cette transmission comme comprise dans l'art. 4, cet article suffirait-il pour l'assujétir au droit proportionnel d'enregistrement? Non : il faudrait encore que la quotité de ce droit fût déterminée par une autre disposition législative. Faute de cette disposition, il n'y aurait dans la loi qu'un principe non organisé, et par conséquent inapplicable. Le moyen, en effet, de percevoir un droit dont la quotité n'est pas fixée? La perception d'un droit d'enregistrement ne peut pas être laissée à l'arbitraire du percepteur. Aussi, après avoir établi le principe que *toute transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance,* est sujette au droit proportionnel, l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7 renvoie-t-il à l'art. 69 pour la fixation des quotités de ce droit. Or, dans l'art. 69, on ne trouve pas un mot que l'on puisse appliquer à l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent.

» L'administration de l'enregistrement est forcée de reconnaître qu'il serait injuste et contraire à tous les principes, de soumettre *définitivement* au droit proportionnel, comme mutation de propriété, une mutation qui ne porte que sur la jouissance et n'est que provisoire.

» Cependant il faut, si elle veut être conséquente, qu'elle aille jusque-là. Car l'art. 60 élève une barrière insurmontable contre toute demande en restitution que pourrait faire l'héritier provisoire évincé par le retour de l'absent.

» L'administration a cru parer à cet inconvénient et écarter cette objection, en obtenant du ministre des finances, le 24 fructidor an 12, une décision qui porte qu'il y a lieu à restitution, si les absens reparaissent.

» Mais cette décision ne peut avoir pour les tribunaux aucune espèce d'autorité; et tant qu'elle ne sera pas convertie en loi ou décret, elle laissera subsister, dans toute sa force, l'argument que fournit l'art. 60 contre la prétention de l'administration de l'enregistrement.

» En deux mots, je pense que ce n'est pas de la jurisprudence de la cour de cassation, mais de la loi, que l'administration de l'enregistrement doit se plaindre.... ».

La lacune que je signalais ainsi dans la législation relative au droit d'enregistrement, n'existe plus; elle est remplie par l'art. 40 de la loi du 28 avril 1816 : « les héritiers, légataires (y est-il dit) et tous autres appelés à » exercer des droits subordonnés au décès » d'un individu dont l'absence est déclarée, » sont tenus de faire, dans les six mois *du* » *jour de l'envoi en possession provisoire,* la » déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils » étaient appelés par effet de la mort, et » d'acquitter les droits sur la valeur entière » des biens ou droits qu'ils recueillent; en cas » de retour de l'absent, les droits payés se- » ront restitués, sous la seule déduction de » celui auquel aura donné lieu la jouissance » des héritiers; ceux qui ont obtenu cet en- » voi jusqu'à ce jour, sans avoir acquitté les » droits de Succession, jouiront d'un délai de » six mois, à compter de la publication de la » présente, pour faire une déclaration et » payer les droits, sans être assujétis à l'a- » mende ».

III *bis*. On voit qu'aux termes de cet article, c'est *du jour de l'envoi en possession provisoire*, que court le délai dans lequel l'héritier ou légataire qui l'a obtenu, doit faire sa déclaration et acquitter le droit.

Cependant on a prétendu que ce délai ne devait courir que du jour où a été fournie la caution à laquelle l'envoyé en possession provisoire est assujéti par l'art. 120 du Code civil (1); et ce système avait été accueilli par un jugement en dernier ressort du tribunal de première instance de Châteauroux, du 19

(1) *V.* l'article *Absent.*

janvier 1818, « attendu que l'obligation de » fournir une caution solvable et de la faire » accepter, étant une condition essentielle » et *sine quâ non* de l'envoi en possession, on » ne peut pas dire que l'envoi en possession » soit réel et effectif avant l'accomplissement » de cette formalité ».

Mais ce jugement a été cassé, le 9 novembre 1819, au rapport de M. Boyer, et sur les conclusions conformes de M. l'avocat-général Jourde,

« Vu les art. 24 et 39 de la loi du 22 frimaire an 7....., et l'art. 40 de la loi du 28 avril 1816....;

» Attendu qu'aux termes de ces lois, l'héritier présomptif de l'absent, envoyé en possession des biens de cet absent, doit payer le droit de mutation dans les six mois du jour de cet envoi;

» Attendu que l'envoi en possession s'opère par l'accomplissement des formalités prescrites à cet effet par l'art. 860 du Code de procédure civile, aux termes duquel l'héritier doit seulement requérir et obtenir du tribunal compétent un jugement qui prononce cet envoi; que, si d'après l'art. 120 du Code civil, l'héritier envoyé en possession, doit fournir une caution solvable, cette obligation ne lui est pas imposée comme une condition préalable à son envoi en possession, mais seulement comme une charge attachée à cet envoi, et qu'il doit remplir dans un délai déterminé; qu'en considérant même cette charge comme une condition résolutoire, en ce que son inobservation peut faire encourir à l'héritier la déchéance de son envoi en possession, cette condition résolutoire ne fait pas qu'il ne soit réellement censé posséder les biens de l'absent et qu'il n'en jouisse en effet civilement du jour du jugement qui a prononcé l'envoi en possession; que c'est donc véritablement de ce jour que s'est opérée la mutation à son profit, et par conséquent que de ce même jour doit courir le délai fixé pour le paiement des droits; qu'ainsi, le jugement attaqué, en ne faisant courir le délai que du jour de la réception de la caution, a évidemment violé les articles précités (1) ».

IV. Y aurait-il ouverture à un droit de mutation, si, dans le partage d'une Succession à laquelle un absent était appelé avec eux, ses héritiers présomptifs recueillaient sa portion, en prenant, pour son intérêt, des mesures conservatoires? La régie de l'enregistrement pourrait-elle exiger d'eux un droit de mutation, sans prouver qu'à l'époque de l'ouverture de cette Succession, l'absent existait encore?

Voici un arrêt qui juge que non.

Le 1er vendémiaire an 12, les frères et sœurs Telliard, au nombre de cinq, partagent entr'eux, en cinq lots, les Successions de leur père et de leur mère, morts l'année précédente; « et comme nous avons (porte » une des clauses de l'acte) un frère nommé » François Telliard, qui partit en 1791 pour » l'armée, qu'il n'a donné aucune de ses nou- » velles depuis long-temps, et que nous » avons tout lieu de croire qu'il est mort à la » bataille de *Fleurus*, ce qui nous a déter- » minés à procéder au partage ci-dessus, » comme s'il était mort, il demeure convenu » que chacun de nous ne pourra prélever et » se faire payer du dernier sixième pour sa » portion, qu'en donnant une caution ou » hypothèque suffisante, pour que l'absent, » s'il revient, puisse trouver la portion qui » lui appartiendrait dans lesdites Succes- » sions ».

En 1806, la régie de l'enregistrement décerne contre les frères et sœurs Telliard, une contrainte en paiement des droits dus à raison de la Succession de François Telliard, leur frère, présumé mort à la bataille de Fleurus.

Jugement du tribunal civil d'Aurillac, qui annulle cette contrainte, « Attendu qu'il ne » conste pas du décès de François Telliard; » qu'il n'y a qu'une simple présomption de ce » décès; qu'il résulte du partage que, par cet » acte, les frères et sœurs Telliard n'ont pas » partagé la Succession dudit François Tel- » liard, mais seulement celle de leurs père et » mère, comme leur ayant succédé sans le » concours de leur frère présumé mort, et » que la régie n'a pas établi ni même allégué » qu'ils aient pris d'autres biens que ceux dé- » pendans des Successions de leurs père et » mère, et que François Telliard ait laissé » quelques biens ».

Recours en cassation de la part de la régie.

« Il n'est pas nécessaire (dit-elle), pour le paiement des droits dus à raison de la Succession d'un absent, que le décès soit constaté; il suffit que les héritiers soient en possession des biens de l'absent; c'est du jour de leur entrée en jouissance, que court le délai de six mois pour faire la déclaration et acquitter les droits. C'est la disposition de l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7.

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 21, page 229.

» Or, les frères et sœurs Telliard ont partagé entre eux tous les biens provenans des Successions de leur père et mère, auxquelles leur frère absent était appelé pour un sixième; ils l'ont tellement reconnu, qu'ils ont déclaré ne jouir que provisoirement de ce sixième, et sauf la restitution à l'absent, s'il reparaissait. Ils ont donc confondu dans le partage de la masse, la portion qu'ils ont eux-mêmes reconnu appartenir à leur frère absent; et par conséquent, si celui-ci doit être présumé mort, ils sont passibles des droits de mutation. Ils n'avaient qu'un moyen d'échapper à la demande en paiement de ces droits : c'était de justifier du décès de leur frère, *antérieurement* à celui de leur père et mère commun; mais loin de faire cette justification, ils ont eux-mêmes supposé la possibilité de son retour, dans l'acte même par lequel ils ont disposé de ses biens; ils se sont mis, par là, dans le cas de l'application des art. 12 et 24 de la loi de frimaire an 7 ».

Par arrêt du 18 avril 1809, au rapport de M. Chasle,

« Attendu que, loin qu'il résulte du partage fait entre les défendeurs des biens des Successions de leur père et mère, qu'ils aient reconnu que François Telliard, leur frère, absent depuis 1791, ait survécu à sesdits père et mère, ils ont au contraire dit qu'ils avaient tout lieu de croire qu'il était mort à la bataille de Fleurus, époque qui a précédé le décès desdits père et mère; qu'on ne peut aucunement induire de la clause purement de prévoyance insérée audit partage, que ledit François Telliard ait survécu à sesdits père et mère, ni qu'il ait eu une part dans leurs Successions, ni enfin que ses frères et sœurs lui aient succédé dans la possession d'aucuns biens;

» Que, dans cet état d'absence dudit François Telliard, depuis 1791, sans qu'il eût donné de ses nouvelles depuis long-temps, ses frères et sœurs ont été autorisés par l'art. 136 du Code civil, à partager entr'eux les biens des Successions des père et mère communs, décédés en l'an 11, lesquelles Successions leur étaient dévolues exclusivement, au moyen de ce que l'existence dudit François Telliard n'était pas reconnue;

» Que, si, par induction de l'art. 135 du même Code, la régie prétendait que ledit François Telliard existait à l'époque du décès de ses père et mère, qu'il avait en conséquence recueilli une part dans leurs Successions, et que ses frères et sœurs s'étaient mis en possession de cette part à raison de son absence, c'était à elle que la loi imputait l'obligation de prouver les faits, ce qu'elle n'a point fait;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

V. 1° Suffit-il que des biens aient été vendus par le défunt, pour que son héritier légitime qui les possède par lui-même, ou par les mains de son époux, soit censé ne les pas posséder à titre successif, et par suite n'en pas devoir le droit d'enregistrement?

2° Que doit-on décider à cet égard, lorsque l'héritier légitime prétend avoir répudié la Succession du défunt?

3° De quel jour commencent à courir les cinq ans par lesquels se prescrit le droit d'enregistrement dû pour les mutations par décès, lorsque la mort du dernier possesseur n'est pas constatée par les registres de l'état civil?

Ces trois questions ont été jugées en faveur de la régie de l'enregistrement, par l'arrêt suivant que la cour de cassation a rendu le 7 avril 1807 :

« La régie avait décerné contrainte contre Marie Sautot, femme Navaron, aux fins de paiement des droits dus à cause de la mutation des biens de la Succession de Jean Sautot, son père.

» La femme Navaron s'était défendue en disant qu'elle avait répudié la Succession de son père; qu'elle ne possédait aucun de ses biens; qu'il les avait même tous vendus, avant son décès, à un nommé Castères; que, si son mari les possédait aujourd'hui, par l'effet d'arrangemens pris avec cet acquéreur, ce n'était pas une raison pour la forcer à payer des droits qu'elle ne devait pas; qu'au surplus, en supposant que ces droits fussent dus, l'action pour les demander serait prescrite, pour n'avoir pas été intentée dans les cinq ans du décès de Jean Sautot.

» La régie avait répondu que la vente faite à Castères, avait été annulée, et que la femme Navaron était en possession des biens de la Succession.

» La contrainte fut annulée par les motifs que feu Sautot avait vendu la généralité de ses biens; et que, quoiqu'il parût que cette vente avait été attaquée, il n'était pas moins vrai que la défenderesse n'avait jamais recueilli aucun desdits biens; qu'il paraissait au contraire qu'ils étaient dans le domaine exclusif de son mari, l'épouse l'ayant prétendu ainsi, et la régie ne l'ayant pas contredite, mais s'étant seulement bornée à dire que peu lui importait que le mari et la femme fussent d'intelligence sur la manutention desdits biens.

» Par ces motifs, le tribunal d'Orthez se crut dispensé d'examiner les autres questions, celle de répudiation de la Succession, et celle de la prescription.

» Sur la demande en cassation, la régie a produit deux jugemens : l'un du tribunal civil du département des Basses-Pyrenées, du 26 ventôse an 7, qui avait annulé la vente faite par Sautot à Castères; l'autre, du tribunal d'Orthez, du 21 frimaire an 13, par lesquels les sœurs de la femme Navaron avaient été jugées avoir légalement renoncé à la Succession de leur père, et celle-ci avait été au contraire déclarée héritière pure et simple.

» La régie a conclu de ces jugemens, que c'était avec raison qu'elle avait soutenu, devant les premiers juges, que, par l'effet de l'annullation de la vente faite à Castères, les biens de la Succession de Jean Sautot étaient passés, à titre héréditaire, dans la possession de la défenderesse, son héritière.

» A l'égard de la prescription, la régie a dit que le décès de Jean Sautot n'ayant été constaté sur aucun des registres de l'état civil, le délai de l'action pour les droits de mutation, n'avait pu courir que du jour de la prise de possession des biens par les héritiers; et que cette possession était restée incertaine et en litige jusqu'en l'an 11.

» Ouï le rapport de M. Chasle....;

» Vu les art. 15 et 24 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Attendu qu'il était constant au procès, de l'aveu même de la femme Navaron, que tout ou partie des biens de la Succession de Jean Sautot était dans la possession des mariés Navaron, ses gendre et fille;

» Que la femme Navaron n'aurait pu détruire la présomption légale qui l'indiquait comme propriétaire de ces biens à titre d'héritière de son père, qu'en justifiant par titres, son allégation que c'était son mari qui possédait les biens, par l'effet d'arrangemens pris avec l'acquéreur, justification qu'elle n'a point faite;

» Que, dans cet état, le tribunal d'Orthez ne pouvait pas se dispenser de considérer la femme Navaron comme héritière et propriétaire desdits biens, et d'appliquer à la cause les dispositions de la loi précitée;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ». (*Bulletin civil de la cour de cassation.*)

La question relative à la prescription de cinq ans, a encore été jugée de même par deux arrêts des 30 juin 1806 et 26 novembre 1810, qui sont rapportés sous le mot *Décès*, nº 1.

VI. De quel jour commencent à courir les cinq ans, lorsque le décès du dernier possesseur a été inscrit sur les registres publics, mais hors de son domicile?

V. l'article *Décès*, nº 2.

VII. De quel jour commencent-ils à courir, lorsque le dernier possesseur est mort en pays étranger?

Le sieur de Renette meurt en Hongrie le 17 janvier 1798 (28 nivôse an 6).

Le 28 pluviôse an 12, ses héritiers font, en France, un acte public de leur qualité.

Peu de temps après, la régie de l'enregistrement décerne contre eux une contrainte en paiement du droit de mutation.

Ils y forment opposition, et prétendent que le droit est prescrit.

Le 9 décembre 1807, jugement du tribunal civil de Bruxelles qui le décide ainsi.

Mais la régie se pourvoit en cassation; et par arrêt du 8 mai 1809, au rapport de M. Borel,

« Vu les art. 24 et 61 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Attendu que, pour les décès constatés par actes publics, dans l'étendue du territoire français, la publicité des registres constitue en demeure la régie des domaines, qui peut s'instruire des mutations opérées par ces décès, et intenter son action dans les délais fixés par la loi pour le faire utilement;

» Que, hors les cas de rédaction d'actes civils constatant les décès, et notamment lorsque ces décès ont eu lieu en pays étrangers, la régie n'a plus aucuns moyens légaux, soit d'acquérir la connaissance d'un décès, soit de justifier son action pour le recouvrement des droits de mutation, avant que les nouveaux possesseurs aient fait acte de leurs droits; que ces motifs, qui ont déterminé les exceptions posées dans le §. 2 de l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7, pour les délais accordés aux héritiers, entraînent inévitablement la conséquence que c'est aussi du jour de la prise de possession des biens du décédé en pays étranger, que court la prescription;

» Que, dans l'espèce, le tribunal civil de Bruxelles n'a déclaré constans aucuns actes de prise de possession en France des biens de Lambert-Joseph de Renette, de la part de sa veuve et héritiers; et que, nonobstant l'absence de fait du territoire français de la part dudit de Renette au moment de son décès, d'autre part le silence et l'inaction des héritiers dudit de Renette sur la mise en possession de ces biens, ce tribunal a refusé l'appli-

cation du §. 2 dudit art. 24, et a ainsi violé ledit article;

» La cour casse et annulle.... ».

VIII. Lorsqu'une Succession est grevée d'un droit d'usufruit, l'héritier doit-il payer la totalité du droit de mutation, comme s'il avait, dès ce moment, la propriété libre de tous les biens? Doit-il les payer à l'instant même?

Le 27 mars 1808, Pierre Coudet meurt à Courtray, laissant l'usufruit de ses biens à sa veuve, et la nue propriété à Marie-Thérèse Coudet, sa nièce.

Le 26 septembre suivant, la veuve Coudet et sa belle-nièce font, au bureau de l'enregistrement, la déclaration de la Succession du défunt. Elles évaluent le mobilier à 19,744 francs, et les immeubles à 31,900 francs. La veuve paie le montant entier des droits dus pour l'usufruit qu'elle vient de recueillir; mais Marie-Thérèse Coudet ne paie que la moitié de ce qu'elle devrait dans le cas où sa propriété ne serait pas grevée d'un droit d'usufruit.

Le 21 février 1809, le receveur de l'enregistrement décerne contre Marie-Thérèse Coudet une contrainte en paiement d'une somme de 920 francs pour compléter le droit de mutation dont elle est redevable.

Le 28 septembre 1810, jugement qui décharge Marie-Thérèse Coudet de cette contrainte,

« Attendu que l'usufruit étant une distraction de la propriété, qui, par la loi du 22 frimaire an 7, est évaluée à la moitié de la propriété même, l'héritier de la nue propriété ne succède en effet qu'à la moitié de la propriété; en sorte que ce serait le charger au-delà de sa portion héréditaire, que de l'obliger à payer au moment du décès, à raison de la totalité de la propriété;

» Que ladite loi l'a ainsi considéré, art. 15, n° 7, §. 2, en laissant à l'héritier de la nue propriété la faculté de payer à raison de la propriété entière, ou de payer pour l'usufruit réuni à la propriété, au moment où s'opère cette réunion ».

La régie se pourvoit en cassation, et par arrêt du 11 septembre 1811, au rapport de M. Cochard,

« Vu l'art. 14 et les §. 7 et 8 de l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Et attendu 1° qu'il résulte de ces dispositions que la propriété doit être évaluée à vingt fois le produit des biens, sans égard à la charge de l'usufruit;

2° Que la loi n'est point facultative; qu'elle ne laisse pas à l'héritier le choix du moment où il doit acquitter les droits; qu'elle établit seulement qu'il n'est rien dû pour la réunion de l'usufruit à la propriété, lorsque le droit d'enregistrement a été acquitté sur la valeur entière de la propriété;

» 3° Qu'en jugeant que l'héritier de la nue propriété avait la faculté de payer à raison de la propriété entière, ou de payer pour l'usufruit réuni à la propriété au moment où s'opère cette réunion, le tribunal civil de Courtray a formellement contrevenu auxdits art. 14 et 15 ci-dessus cités, et qu'il a fait en même temps une fausse application du dernier §. du n° 7 dudit art. 15;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».

La même chose a été jugée le 18 décembre suivant, par un arrêt que l'on trouvera sous le mot *Usufruit*, §. 6, n° 3.

V. mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Déclaration au bureau de l'enregistrement*, §. 2, et aux mots *Enregistrement (droit, d')*, §. 20.

IX. On trouvera d'autres questions sur cette matière, aux mots *Déclaration aux bureaux de l'enregistrement*, n°s 1 et 2, et *Enregistrement (droit d')*, §. 32, 33, 34, 35, 41, 42 et 43.]]

[[SUCCESSION FUTURE (pacte sur une). C'est une convention qui a pour objet la Succession d'un homme encore vivant.

I. Les lois romaines regardaient ces conventions comme contraires aux bonnes mœurs, et ne leur donnaient aucun effet. (*V.* l'article *Institution contractuelle*, §. 1.)

Elles déclaraient cependant obligatoires entre les héritiers présomptifs, les conventions qu'ils avaient faites sur la manière de partager une Succession non encore ouverte à laquelle ils étaient appelés, pourvu que celui à qui il s'agissait de succéder, y eût donné son consentement exprès, et qu'il eût persisté jusqu'à sa mort dans la même volonté. C'est ce qui résulte de la loi 30, C. *de pactis*.

II. A cette exception, qui était reçue dans toute la France avant le Code civil, la jurisprudence de tous les pays en avait ajouté une autre : c'est que l'on pouvait, par contrat de mariage, instituer héritiers les futurs époux et les enfans à naître de leur union.

A ces exceptions près, la défense que les lois romaines avaient faite de traiter de la Succession d'un homme vivant, était passée en maxime dans le droit français; et elle avait été consacrée, tant par l'art. 56 de la loi du 22 ventôse an 2, que par un arrêt de

la cour de cassation, du 11 nivôse an 9. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Partage*, §. 2.

III. Mais 1° pouvait-on, avant le Code civil, regarder comme un pacte sur une Succession future prohibé par les lois romaines, une convention par laquelle deux parties promettaient de se laisser mutuellement, non leur hérédité entière, mais seulement, ou leurs meubles et acquêts, ou leurs propres paternels, ou leurs propres maternels, actuellement échus, ou même échus et à échoir?

2°. Les pactes successoires étaient-ils alors autorisés, hors contrat de mariage ou d'association universelle, dans les parties de l'empire germanique qui sont actuellement régies par notre Code civil?

3° L'étaient-ils dans la Belgique, et notamment dans le Brabant?

4° Étaient-ils révocables?

Ces questions ont été agitées dans l'espèce suivante.

Le 5 avril 1776, contrat passé devant notaires à Bruxelles, entre Joseph Helman et Adrienne de Kerenbroëck, son épouse, d'une part; Louis-Joseph Scorion, et Marie-Antoinette-Joséphine Scorion, frère et sœur, se faisant forts d'André-Aimé-Joseph Scorion, leur frère, de l'autre.

»La dame Helman (est-il dit dans le préambule) n'a discontinué depuis trois ans de solliciter son mari de prendre des arrangemens justes et convenables pour la sûreté de leurs biens à l'égard de leurs enfans ou postérité, pour les motifs importans connus aux parties contractantes; et que, pour y parvenir, elle a engagé MM. et mademoiselle Scorion, ses cousins et cousine germains, à y porter leur médiation.....

» En conséquence (est-il ajouté), les comparans...., par des motifs à eux respectivement connus, font et contractent ce pacte de famille.

» 1° Les premiers comparans (le sieur et dame Helman) mettront à la gestion de leurs affaires, quelques-uns de leurs enfans qu'ils y jugeront les plus convenables, avec pouvoir de les administrer et d'en aliéner pour faire les paiemens et remboursemens nécessaires.

» 2° Les premiers comparans, ou l'un ou l'autre d'eux, retiendront cependant l'administration et recette de leurs biens respectifs, non régis par la coutume de Bruxelles.

» 3° Il n'y aura jamais d'*acquêts* ni *conquêts* entre les premiers comparans, ni à leur égard, si ce n'est que tous les biens quelconques, actions et crédits..... que la dame Helman a portés en mariage, qu'elle a hérités de feu son père, Henri-Joseph de Kerenbroëck, ainsi que tous ceux qu'elle possède et possédera par la suite, à titre de donation, Succession...., ne se trouvent dûment remplacées à son profit seul et privatif.

»4° Si ladite dame Helman venait à décéder sans postérité, pour lors, à la mort du survivant d'elle et son mari, tous les biens quelconques, actions et crédits mentionnés dans l'article précédent, y compris ceux qui devront servir de remplacement, que ladite dame Helman aura délaissés du chef de ses biens patrimoniaux, *de son côté paternel*, suivront et appartiendront à mesdits sieurs et demoiselle Scorion ou à leur postérité légitime.

» 5° Il sera libre, en tout temps, aux premiers comparans, de disposer de leurs biens présens et futurs, à l'égard de leurs enfans, sous telles manières, charges et conditions, comme ils jugeront à propos, soit conjointement, soit séparément, et aussi souvent que l'un ou l'autre d'eux le trouvera convenir.

» 6° Si mesdits sieurs et demoiselle Scorion meurent sans postérité légitime, pour lors, au décès du survivant des trois, tous les biens, actions et crédits.... à eux advenus de feue leur mère, Jeanne-Marie de Kerenbroëck, *item* de Catherine-Thérèse-Joséphine de Kerenbroëck...., ainsi que tous ceux qu'ils possèdent et posséderont, à titre de Succession *du côté maternel*, appartiendront en entier et privativement à ladite dame Helman, et, à son défaut, à la postérité légitime, et à Jeanne de Kerenbroëck, etc....

» 7° Lesdits sieurs et demoiselle Scorion entendent que jamais il n'y aura d'acquêts ni conquêts dans leur Succession respective, ne fût que tout ce qui a été vendu, aliéné ou remboursé des Successions prédites art. 6, *ne soit remplacé*. A cet effet, les mêmes Scorion entendent que tous les biens quelconques, actions et crédits par eux acquis et à acquérir ci-après, soit conjointement, soit séparément, ainsi que tous ceux acquis par leurs père et mère, *qui se trouveront annotés sur registres où sont enregistrés les biens de leur côté maternel*, suivront et appartiendront également à ladite dame Helman en entier et privativement; et, à son défaut, à sa postérité légitime, et à la dame Jeanne de Kerenbroëck....

» 8° Bien entendu que, si lesdits sieurs et demoiselle Scorion, ou l'un ou l'autre d'eux, venaient à se marier, dans ce cas, leurs épouses ou époux survivans auront, leur vie durant, l'usufruit de tous lesdits

biens, actions et crédits, nuls exceptés ni réservés; le tout aussi à la charge de l'usufruit des mêmes biens, actions et crédits au profit de M. Charles-Joseph Scorion, leur père ».

Le sieur et la dame Helman et les sieurs Scorion meurent quelque temps après la passation de ce contrat, les deux premiers laissant plusieurs enfans qui leur succèdent, les deux autres sans postérité, et n'ayant point d'autre héritière que Marie-Antoinette Joséphine Scorion, leur sœur.

Celle-ci meurt à son tour en 1792, célibataire et ne laissant que des parens collatéraux.

Dans les papiers de sa Succession ouverte à Malines, se trouvent notamment trois registres : l'un, coté A, sur lequel sont inscrits les biens maternels provenus de Marie-Joséphine Kerenbroëck; l'autre, côté B, qui renseigne les biens maternels venus de Catherine Thérèse-Joséphine Kerenbroëck; le troisième, coté C, qui renferme le détail des sommes employées en réparations et en plantations dans les deux classes de biens maternels.

On y trouve aussi un testament, daté du 18 mai 1792, par lequel la défunte, après plusieurs legs particuliers, veut « que ses » biens paternels et maternels suivent le côté » et ligne dont ils sont venus, sans qu'il soit » nécessaire qu'ils proviennent du tronc; que » généralement tous ses autres biens soient » recueillis par ses parens, sans distinction » d'âge ni de sexe; et que ses parens mater- » nels ne puissent aliéner, engager ni chan- » ger *aucuns* de ses biens immeubles, et que » leurs descendans les appréhendent sans dis- » tinction de sexe ni d'âge ».

Les sieurs de Lossi et Sasse, héritiers paternels, se présentent pour recueillir, non-seulement les propres de leur ligne, mais encore, et comme plus proches parens, la totalité des meubles et des acquêts.

Les sieurs Helman, héritiers maternels, ne contestent pas aux sieurs de Lossi et Sasse l'avantage de la proximité; mais en vertu du pacte de famille du 5 avril 1776, ils réclament tous les acquêts qui avaient été destinés par les sieurs et la demoiselle Scorion, au remplacement des propres maternels aliénés, et qui d'après ce pacte même, étaient inscrits sur un registre que la défunte avait spécialement consacré à l'annotation de ces remplois.

De là, procès, d'abord devant le magistrat de Malines qui le laisse indécis, ensuite, devant le tribunal civil du département des Deux-Nèthes, qui, par jugement du 6 fructidor an 6, déclare valable la convention du 5 avril 1776, et adjuge en conséquence aux sieurs Helman les acquêts réclamés par ceux-ci.

Les sieurs de Lossi et Sasse appellent de ce jugement au tribunal civil du département de l'Escaut.

Le 29 pluviôse an 8, ce tribunal « dit qu'il » a été bien appelé, mal et prématurément » jugé; et avant faire droit, sans rien préju- » ger, ordonne qu'il sera dressé, contradic- » toirement entre les parties, un inventaire » de tous les biens quelconques délaissés par » la défunte, pour que, cet inventaire fait, » les parties aient à se *rencontrer* respective- » ment sur l'origine, la nature, situation et » disponibilité des biens, et mettre leurs » débats, à l'égard de leurs conclusions, en » état d'être jugés définitivement ».

Après la suppression des tribunaux civils de département, l'affaire est portée à la cour d'appel de Bruxelles.

Là, en continuant de soutenir que le pacte de famille du 5 avril 1776 est nul, les sieurs de Lossi et Sasse prétendent qu'il est faux.

Le 30 nivôse an 11, arrêt qui leur permet de s'inscrire en faux contre cet acte.

En exécution de cet arrêt, ils articulent treize moyens de faux, savoir, douze qu'ils tirent de principes de droit et de faits étrangers à l'acte matériel, et le treizième consistant à dire « que les signatures apposées au » bas du pacte et celle *Droesbeque*, qui est » au bas de l'expédition, porte l'empreinte » du faux; qu'ils offrent à cet égard de com- » pléter la preuve, en cas qu'elle soit trouvée » insuffisante, par la simple comparaison des » pièces soumises aux juges ».

Le 16 pluviôse an 11, arrêt par lequel, « Considérant que du nombre des moyens de faux, un seul est pertinent, celui qui tend à prouver que les signatures apposées au bas de l'acte du 5 avril 1776, et celle portant le nom de *Droesbeque* apposé au bas de l'expédition du même acte, sont fausses et contrefaites; que les autres moyens allégués consistent en points de droit, en faits consignés au procès, et en dénégations, et qu'ils ne présentent, par leur nature, que des circonstances dont le mérite ne peut s'apprécier que par le résultat des preuves que l'instruction de la procédure pourrait présenter ultérieurement;

» Le tribunal, sans s'arrêter aux moyens de faux autres que ceux relatifs à la fausseté et contre-façon des signatures, les déclare impertinens et inadmissibles; et néanmoins les joint au principal, pour, en jugeant, y avoir tel égard que de raison; déclare pertinent et admissible le moyen de faux concernant les signatures; en conséquence, admet

les cit. de Lossi et Sasse à prouver, dans le délai d'un mois, tant par titres et par témoins, que par comparaison d'écritures..... ».

Les sieurs de Lossi et Sasse font procéder à une expertise dont le résultat est que les signatures sont fausses; et ils se bornent à ce genre de preuve.

La cause reportée à l'audience du 27 frimaire an 12, arrêt qui,

« Attendu qu'il est constaté au procès que la minute de l'acte qualifié pacte de famille, existait ci-devant dans le dépôt du notariat général du ci-devant Brabant, d'où il a été tiré pour l'instruction de la présente procédure, et qu'il faisait partie du protocole de feu le notaire Droesbeque; que les appelans n'ont ni prouvé ni tenté de prouver que cette minute eût été insérée par des voies illégitimes dans le susdit dépôt général; qu'il n'ont rapporté aucun titre ni tenté aucune preuve testimoniale sur le fait du faux par eux allégué, ni sur les circonstances, quoique, par le jugement du 16 pluviôse an 11, ils aient été admis à ces deux genres de preuves;

» Attendu que les intimés ont, par l'explication des faits et des circonstances, suffisamment écarté des indices de faux allégués par les appelans, en sorte que ceux-ci n'ont produit pour toute preuve que la déclaration des experts; et que, pour former leur examen sur les signatures dont s'agit, et les estimer fausses, les experts n'ont porté leurs observations que sur celles des lettres dont les traits et la signature, rapprochés des pièces de comparaison, ont paru leur présenter quelques dissemblances, et qu'ils n'ont pas procédé sur celles qui ont de la conformité avec les pièces de comparaison; qu'il a été remarqué que quelques-unes des lettres trouvées dissemblables par les experts, par rapport à certaines pièces de comparaison, étaient néanmoins conformes aux lettres des signatures vues sur plusieurs autres pièces de comparaison; que les appelans, en s'inscrivant en faux, ont déclaré ne point imputer le fait du faux personnellement aux intimés, qui sont d'ailleurs en possession des biens qui sont l'objet de l'acte qualifié pacte de famille;

» Déclare n'y avoir preuve du faux proposé par les appelans; les déclare non-recevables et mal fondés dans leurs demande à fin de faire rejeter du procès les pièces arguées de faux, et les condamne aux dépens de l'incident pour tous dommages et intérêts ».

L'incident sur le faux écarté par cet arrêt, les parties plaident au fond; et le 17 germinal an 12, il intervient un arrêt ainsi conçu:

« 1° Le pacte renfermé dans l'acte du 5 avril 1776, est-il valide? 2° Est-il révocable, et a-t-il été révoqué? 3° Les biens compris dans les registres A et B, trouvés dans la maison mortuaire de Marie-Antoinette-Joséphine Scorion, appartiennent-ils exclusivement aux intimés?

» Sur la première question, considérant que le pacte du 5 avril 1776 ne frappe que sur les biens de la ligne maternelle Kerenbroëck, et ainsi seulement sur certain genre de biens déterminés, et non sur l'hérédité elle-même, dans laquelle est resté le surplus de la fortune de la défunte, tant en meubles qu'en immeubles; que les dispositions d'un pacte limité à des biens certains, ou à un genre de biens déterminés, loin d'être réprouvées dans nos mœurs, y sont maintenues comme dispositions contractuelles, dont l'effet est garanti par les lois qui assurent l'exécution de toutes les stipulations non prohibées ou licites; que ce point de doctrine, enseigné par les meilleurs jurisconsultes, se trouve spécialement consacré par la 44e décision du conseil de Brabant, rapportée par Stockmans; que la distinction entre un acte où l'on aurait stipulé de l'hérédité, ou de l'universalité d'une Succession, et celui dans lequel il n'a été traité que d'un genre de biens, est disertement établie par Dumoulin (*consil.* 15, n° 15 *et subseq.*); au sentiment duquel les dispositions de la dernière espèce ont toujours été reconnues valables; que les lois romaines qui proscrivent les conventions sur l'hérédité ou sur la Succession d'un tiers vivant, sont sans application au cas dont il s'agit, puisque, d'une part, les dispositions de l'acte du 5 avril ne portent taxativement que sur un genre de biens certains; que l'hérédité n'a pas été l'objet de la stipulation; et que, d'autre part, les contractans n'ont réellement traité que de leurs propres biens; puisque, dans le fait, les Scorion n'ont recueilli aucune Succession au titre Kerenbroëck, depuis l'acte du 5 avril 1776; que la clause par laquelle il est convenu que tout ce que les Scorion possèdent à titre de Succession, appartiendra aux intimés, à l'événement des conditions prévues, outre qu'elle est restée sans effet, ne détermine aucune Succession en particulier, ni ne désigne aucune personne certaine; d'où il suit qu'elle ne rentre pas dans la classe des conventions proscrites par le droit romain, et n'est que la conséquence de la stipulation relative aux biens Kerenbroëck, et à leur conservation dans la ligne;

» Sur la seconde, considérant qu'il a été reconnu, dans la réponse à la question précé-

dente, que les dispositions contenues dans l'acte du 5 avril 1776, étaient contractuelles; que le testament de Marie-Antoinette de Scorion, du 18 mai 1792, garde un silence absolu sur le pacte du 5 avril 1776; qu'il résulte de ces deux observations, que le pacte n'était point révocable, sans le consentement des parties entre lesquelles il avait été formé; et que, s'il avait été révocable, il n'a pas été révoqué par le testament, où il n'en est pas question, et dans lequel la testatrice n'est censée avoir disposé que de ce qui restait dans son hérédité;

» Sur la troisième, considérant qu'aux termes de l'art. 7 du pacte du 5 avril 1776, il ne devait y avoir d'acquêts ni de conquêts dans la Succession des Scorion, que lorsque tout ce qui avait été vendu, aliéné ou remboursé des Successions énoncées dans l'art. 6, serait remplacé; que, pour assurer l'exécution de cette clause, et éviter toutes les discussions sur la nature des biens Kerenbroëck, et des remplois de cette ligne, il a été stipulé qu'à cet effet, les Scorion entendent que tous les biens quelconques, actions et crédits par eux acquis ou à acquérir ci-après, soit conjointement, soit séparément, ainsi que tous ceux acquis par leurs père et mère, qui se trouveront annotés sur les registres où se trouvent enregistrés les biens de leur côté maternel, suivront et appartiendront en entier et privativement, à la mère des intimés ou à sa postérité, et à Jeanne Kerenbroëck; que les biens Kerenbroëck étant inscrits dans les registres cotés en l'inventaire *Manuel* A et *Manuel* B, trouvés à la maison mortuaire de Marie-Antoinette-Joséphine Scorion, décédée postérieurement à ses frères, tout ce que contiennent ces deux registres, doit appartenir aux intimés, et à Jeanne de Kerenbroëck, ou à ses ayant-cause, comme y ayant été mis pour compléter les biens de la ligne Kerenbroëck, en exécution de l'art. 7 du pacte, où l'on remarque que les Scorion ont entendu que ces registres établiraient la règle à suivre entre les parties; que cette règle paraît avoir été scrupuleusement observée par les Scorion, puisque depuis le pacte, ils ont fait des acquêts considérables laissés dans leur Succession; ce qui prouve qu'ils se sont arrêtés, quant au remploi, lorsqu'ils ont reconnu que la clause du pacte était remplie; sur quoi ils étaient juges et arbitres, d'après les termes de la convention portant ces mots: *à cet effet, le mêmes Scorion entendent*, etc.

» Le tribunal, statuant par suite du jugement rendu le 29 pluviôse an 8, au tribunal de l'Escaut, par lequel celui du département des Deux-Nèthes, du 11 fructidor an 7, a été réformé, et de celui du 26 frimaire an 11; sans s'arrêter à celui du tribunal de l'Escaut, en ce qui concerne l'ordonnance *de se rencontrer* sur l'origine, la nature, la situation et la disponibilité des biens, lequel demeure, quant à ce, en tant que de besoin, rapporté, donne acte des déclarations respectivement faites par les parties, et retenues dans leurs conclusions; et faisant droit au principal, déclare l'acte du 5 avril 1776, dont s'agit au procès, bon et valable; et en conséquence, les appelans mal fondés à prétendre part aux biens contenus dans les registres cotés A et B, apportés au greffe de ce tribunal, en exécution du jugement du 26 frimaire an 11.... ».

Les sieurs de Lossi et Sasse se pourvoient en cassation, tant contre cet arrêt que contre celui du 27 frimaire précédent.

« L'arrêt du 27 frimaire an 12 (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 2 fructidor an 13) est attaqué par trois moyens:

» Contravention à la chose jugée, en ce que la cour d'appel avait, par un premier arrêt du 16 pluviôse an 11, limité la preuve dont elle chargeait les demandeurs, au fait matériel des signatures; et que néanmoins, par celui du 27 frimaire an 12, elle s'est fondée, pour rejeter l'inscription de faux, sur ce que les demandeurs n'avaient pas prouvé que la pièce arguée de faux, eût été illicitement introduite dans le dépôt du notariat général du Brabant;

» Violation des art. 29, 30 et 31 du tit. 2 de l'ordonnance de 1737, en ce qu'après avoir joint au principal les douze premiers moyens de faux des demandeurs, la cour d'appel ne les a, en définitive, ni admis ni rejetés;

» Excès de pouvoir, en ce que, sur la question de savoir si l'acte du 5 avril 1776 était vrai ou faux, la cour d'appel s'est écartée du rapport des experts.

» Le premier moyen nous paraît porter sur une base absolument fausse. Ce n'est pas seulement du défaut de preuve, mais encore du défaut de tentative de preuve, du fait de l'introduction illicite de la minute de l'acte du 5 avril 1776 dans le dépôt du notariat général, que la cour d'appel a tiré l'un des deux motifs de son arrêt du 27 frimaire an 12; et assurément, l'arrêt interlocutoire du 16 pluviôse an 12 ne s'opposait pas à ce que les demandeurs tentassent de prouver ce fait, ou, en d'autres termes, à ce qu'ils en offrissent la preuve; car ce fait, quoi qu'on en dise, n'était pas compris dans le nombre des

douze premières circonstances que cet arrêt avait écartées.

» Le deuxième moyen n'est pas mieux fondé. Sans doute, il résulte des art. 29, 30 et 31 du tit. 2 de l'ordonnance de 1737, que tous les moyens de faux doivent être admis ou rejetés. Mais, d'une part, l'ordonnance de 1737 ne fait pas loi dans la Belgique; elle n'y a jamais été publiée; et dès-là, impossible d'en tirer un moyen de cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles. D'un autre côté, l'omission de prononcer sur un point litigieux, ne peut donner lieu qu'à la requête civile. Enfin, il n'est pas vrai que l'arrêt du 27 frimaire an 12 soit resté muet sur les moyens de faux qui avaient été joints au fond par celui du 16 pluviôse an 11; et M. le rapporteur vous a très-judicieusement fait observer qu'ils avaient été implicitement rejetés par le *considérant* dans lequel il est dit que les sieurs Helman *ont, par l'explication des faits et des circonstances, suffisamment écarté les indices de faux allégués par les sieurs du Lossi et Sasse.*

» Le troisième moyen vous présente la question de savoir si, en matière civile, les rapports d'experts sur la vérité ou la fausseté d'une pièce, lient absolûment les juges..... (1)

» Ainsi, principes, raison naturelle, doctrine des auteurs, jurisprudence de la cour suprême, tout se réunit pour démontrer que la cour d'appel de Bruxelles a pu, dans le jugement qu'elle avait à porter sur la vérité ou la fausseté de l'acte du 5 avril 1776, s'écarter de l'avis énoncé par les experts dans leur procès-verbal; et il ne nous reste plus qu'à examiner les moyens que les demandeurs opposent à l'arrêt intervenu sur le fond, le 17 germinal an 12.

» Le premier de ces moyens, celui que les demandeurs font résulter de la prétendue fausseté de l'acte du 5 avril 1776, ne peut plus mériter aucun égard, dès qu'il est reconnu que l'arrêt du 27 frimaire n'a violé aucune loi, en jugeant cet acte vrai.

» Le deuxième est tiré, comme vous l'avez vu, des lois romaines, qui annullent tous les pactes tendant, soit à déranger l'ordre légitime des Successions, soit à gêner, d'une manière quelconque, la faculté de tester.

» Ces lois seraient, sans contredit, inapplicables à notre espèce, si, par l'acte du 5 avril 1776, les parties n'avaient pas traité de leurs Successions respectives, mais seulement d'une portion déterminée des biens qu'elles possédaient alors. Dans cette hypothèse, en effet, on pourrait dire, avec la plupart des docteurs, que le droit romain ne prohibe que les pactes relatifs aux Successions entières, ou à des quotités de Successions; et que, loin de condamner ceux qui n'ont pour objet que des biens particuliers et certains, il les autorise formellement. On citerait, entre autres, Dumoulin, qui, dans sa quinzième consultation, établit nettement cette distinction. *Cùm ergò* (se sont ses termes), *id solùm et præcipuè ageretur, ne heredia et bona paterna ad extraneos et in alienam familiam devenirent, sed in posteris conservarentur; clarum est in hâc clausulâ non fuisse actum de omnibus bonis filiorum sine liberis decedentium, sed nec de eorum hereditate vel Successione propriè sumptâ, sed de portione bonorum paternorum eos contingente duntaxat, et sic de certis rebus vel certo genere tantùm. Porrò longè aliud est disponere de ipsâ hereditate vel ejus parte, aut certâ quotâ....., longè aliud disponere de certis rebus vel de parte rerum vel de certo genere bonorum, puta de obventis à patre tantùm, vel maternis tantùm, aut obventis à patruo vel aliâ certâ personâ..... Priore quidem casu, est disponere propriè de ipsâ hereditate et Successione; et tunc demùm loquuntur et procedunt jura in partem oppositam allegata. Secundo verò casu, non est disponere de aliquâ Successione futurâ, sed de certis rebus vel certo genere bonorum tantùm, quæ conventio non solùm non reprobatur, sed approbatur etiam jure communi.* On appuierait même cette doctrine de deux arrêts qui l'ont consacrée : l'un du sénat de Frise, du 21 décembre 1621, rapporté par Sande, liv. 4, tit. 5, déf. 19; l'autre, du 25 mai 1647, que Stockmans, §. 44, assure avoir été rendu en révision à la cour féodale de Brabant.

» Mais, il faut le dire, la cour d'appel de Bruxelles s'est complètement trompée sur la nature du pacte renfermé dans la convention du 5 avril 1776 : ce pacte n'est pas seulement relatif, comme elle l'a dit, à un *certain genre de biens déterminés* : il comprend des Successions entières et proprement dites; et la chose est facile à démontrer.

» Avant que la loi du 17 nivôse an 2 eût rétabli, dans les Successions, l'homogénéité universelle des biens que les lois romaines avaient consacrée, on distinguait, relative-

---

V. mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Vérification d'écriture.*

ment à chaque personne qui décédait en pays coutumier, autant de Successions qu'elle laissait d'espèces de biens affectées par les coutumes à des classes différentes d'héritiers. C'est ce que Loysel avait exprimé dans ses *Règles du Droit français*, par cette maxime : *Les Français ont reçu divers patrimoines, et plusieurs sortes d'héritiers d'une seule personne.* Dumoulin, sur l'ancienne coutume de Paris, art. 121, n° 16, décidait, en conséquence, que les propres paternels formaient une Succession différente de celle des propres maternels : *Auctoritate consuetudinis quæ distinguit patrimonia, videntur quasi duorum hominum hereditates..... Cùm ergò respectu herediorum alia in effectu sit Successio paternorum, alia maternorum, sequitur*, etc. Et c'est ce qu'enseignait également Renusson, dans son *Traité des Propres*, chap. 3, sect. 11, n° 19 : *L'hérédité des propres paternels* (ce sont ses termes) *est différente de l'hérédité des propres maternels; ce sont différentes hérédités, auxquelles différentes personnes succèdent* ab intestat. *En matière de Succession* (disait-il encore, n° 20), *les maximes du droit romain sont bien différentes de celles de notre droit français. Par le droit romain, il n'y a qu'un seul et unique patrimoine; on n'y considère point si les biens sont meubles ou immeubles, ni si les immeubles sont propres ou acquêts, ni s'ils viennent du côté paternel ou maternel; c'est pourquoi, une personne étant héritière, cette qualité d'héritier regarde tous les biens de l'hérédité, et il ne peut pas être héritier en partie. Cela est bien éloigné de nos mœurs et de nos coutumes, où il n'y a rien de si fréquent que la distinction des meubles et des immeubles, des propres et des acquêts. Souvent autre est l'héritier des meubles et des acquêts, autre celui des propres; et souvent encore, autre est l'héritier des propres paternels, autre est l'héritier des propres maternels. Il est bien vrai que le droit de succéder et l'habileté procèdent des lois et des coutumes; mais ce droit et cette habileté se considèrent par rapport aux biens auxquels on a droit de succéder : un parent paternel est inhabile à succéder aux propres maternels, quand il y a des parens maternels; il ne se peut pas dire héritier des propres maternels, et il n'y peut prétendre aucune part en qualité d'héritier; sa qualité d'héritier est restreinte à la qualité des biens qui le regardent.*

» Ces principes étaient reçus, avant la loi du 17 nivôse an 2, dans la Belgique, comme ils l'étaient dans toute la France coutumière; et c'est une vérité d'autant moins douteuse, que, dans une grande partie de cette contrée, les héritiers d'une ligne étaient tellement étrangers à ceux de l'autre, que la ligne paternelle, par exemple, venant à manquer, le fisc succédait aux biens qui lui étaient affectés, à l'exclusion de la ligne maternelle : *Quippè* (dit Burgundus, conseiller au conseil de Brabant, dans son treizième *Traité sur les coutumes de Flandre*, n° 29) *ea pars quæ alterius lineæ debetur, merè est aliena, et quasi ad extraneos transit.*

» Or, quel est l'objet du pacte du 5 avril 1776? Est-ce seulement d'assurer à la dame Helman et à ses enfans, les propres maternels dont les frères et sœur Scorion jouissaient à cette époque? Est-ce seulement d'assurer aux frères et sœur Scorion, les propres paternels dont, à cette époque, la dame Helman avait la jouissance? Non : c'est d'assurer à la dame Helman et à ses enfans, tous les propres maternels échus et à échoir des frères et sœur Scorion; c'est d'assurer aux frères et sœur Scorion, tous les propres paternels échus et à échoir de la dame Helman; c'est par conséquent de rendre les frères et sœur Scorion héritiers paternels de la dame Helman, comme de rendre la dame Helman et ses enfans héritiers maternels des frères et sœur Scorion. La convention du 5 avril 1776 est donc bien véritablement un pacte successoire, un pacte mutuel *de futurâ hereditate.*

» Il est vrai que, par l'événement, les frères et sœur Scorion n'ont pas laissé, dans leurs Successions, d'autres propres maternels que ceux dont ils avaient la possession à l'époque de ce contrat. Mais ce n'est point par l'événement, c'est par la substance de ce contrat, qu'il faut juger de sa nature; et certainement, considéré dans sa substance, ce contrat renferme un vrai pacte de Succession réciproque. Si, chez les Romains, un homme qui n'eût possédé qu'une maison, avait promis, par un acte entre-vifs, de laisser sa Succession à une personne désignée, et qu'au moment de sa mort, il n'eût encore eu pour tout bien que sa maison, la personne à qui sa succession avait été promise, aurait-elle pu réclamer cette maison, sous le prétexte qu'à l'époque où le défunt avait disposé, il aurait pu la lui donner comme chose certaine et déterminée? Non assurément. On lui aurait dit : le défunt a pu vous donner sa maison, mais il ne l'a point fait; il vous a institué héritier par un contrat, et ce n'est point par des contrats, ce n'est que par des testamens, que l'on peut déranger l'ordre des Successions légitimes. Il a fait en votre faveur une disposition réprouvée par les lois;

et une disposition réprouvée par les lois, ne peut avoir aucun effet : en un mot, le défunt a fait ce qu'il ne pouvait pas faire; et ce qu'il pouvait faire, il ne l'a point fait.

» Il est vrai encore que, dans la convention du 5 avril 1776, il n'est exprimé littéralement, ni que la dame Helman institue les frères et sœur Scorion héritiers de ses propres paternels, ni que les frères et sœur Scorion instituent la dame Helman et ses enfans héritiers de leurs propres maternels. Mais qu'importent les expressions? C'est à la chose qu'il faut s'attacher; et si l'on pouvait douter que les termes employés dans l'acte du 5 avril 1776, renfermassent une institution réciproque d'héritiers, il suffirait, pour s'en convaincre, de jeter les yeux sur la loi 5, C. *de pactis conventis*. Ce n'est que par un testament (y est-il dit) qu'une Succession peut être déférée à ceux qui n'y sont pas appelés *ab intestat*. Si donc il était stipulé dans un contrat de mariage, que les biens paraphernaux de la femme appartiendraient, après sa mort, au futur époux, la stipulation serait nulle, et ne produirait aucune action. *Hereditas extraneis testamento datur. Cùm igitur affirmas dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut, post mortem mulieris, bona ejus ad te pertinerent, quæ dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis nullâ te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur quæ nullo jure debentur.* Dans cette espèce, la femme n'avait pas expressément institué son mari héritier des biens paraphernaux qu'elle laisserait à sa mort; elle s'était bornée à dire qu'après sa mort, ses biens paraphernaux appartiendraient à son mari; mais par là même, elle avait fait, en faveur de son mari, l'équivalent d'une institution; et la loi déclare cette institution nulle, parceque les testamens sont les seuls actes par lesquels on puisse faire une institution.

» Mais de tout cela devons-nous conclure que, si les dispositions des lois romaines concernant les institutions contractuelles, étaient encore en vigueur à l'époque où a été passé l'acte dont il s'agit, cet acte aurait dû être annulé par la cour d'appel de Bruxelles : en devons-nous conclure que, dans cette hypothèse, la cour d'appel de Buxelles aurait, en déclarant cet acte valable, contrevenu aux lettres-patentes du mois de juillet 1535, approbatives de la coutume de Malines, qui renvoient aux dispositions encore existantes du droit romain, la décision des cas sur lesquels cette coutume est restée muette?

» Oui, telle paraît devoir être, au premier coup-d'œil, la conséquence du principe, qu'avant la loi du 17 nivôse an 2, il y avait autant de Successions différentes que de différentes sortes de biens; que les meubles et acquêts formaient une Succession distincte de celle des propres; et que les propres paternels formaient une Succession distincte de celle des propres maternels.

» Mais prenons-y garde, raisonner ainsi, c'est déplacer les dispositions des lois romaines. Les lois romaines prohibent les pactes sur les Successions futures; mais qu'entendent-elles par ce mot *Successions?* Elles ne comprennent dans ce mot, ni les meubles et acquêts séparés des propres, ni les propres paternels séparés des propres maternels, ni les propres de l'une et de l'autre ligne séparés des meubles et acquêts : elles appellent Succession ou hérédité, la transmission qui se fait de la personne d'un défunt à celle de son héritier, de l'universalité des droits qu'avait le premier au moment de sa mort : *Hereditas est Successio in universum jus quod quis tempore mortis habuit.*

» En défendant les pactes sur les Successions futures, les lois romaines ne défendent donc que les pactes sur l'universalité, ou sur une partie aliquote de l'universalité, des biens de toute espèce. Elles ne défendent donc pas les pactes sur l'universalité ou sur une partie aliquote des meubles, sur l'universalité ou sur une partie aliquote des acquêts, sur l'universalité ou sur une partie aliquote des propres, soit paternels, soit maternels. Ces pactes sont donc valables dans le droit romain.

» Comment en effet pourrait-on, d'après le droit romain, annuler ces pactes?

» Serait-ce parcequ'ils portent sur des biens que les contractans ne possèdent pas encore, comme sur des biens dont ils sont déjà saisis, sur des biens à venir comme sur des biens présens? Mais les biens à venir peuvent, comme les biens présens, faire la matière d'une stipulation. La loi 73, D. *de verborum obligationibus*, décide expressément qu'on peut stipuler des fruits non encore nés, *fructus futuros;* la loi dernière, C. *quæ res pignori obligari possint*, décide également qu'on peut hypothéquer des biens à venir; et la loi 3, C. *de donationibus*, permet de donner l'espérance d'une action future.

» Serait-ce parceque, dans notre droit coutumier, les meubles et acquêts, les propres paternels, les propres maternels formaient respectivement des Successions différentes? Mais ce n'est pas pour ces sortes de Successions que les lois romaines ont été fai-

tes. En défendant les pactes sur les Successions futures, les lois romaines n'ont défendu que les pactes sur les Successions qu'elles connaissaient; elles n'ont pas défendu les pactes sur les Successions du pur droit coutumier; ainsi, appliquer leur défense à celles-ci, ce serait l'étendre au-delà des limites qu'elles lui avaient elles-mêmes prescrites; ce serait amalgamer des élémens hétérogènes.

» Cependant allons plus loin: admettons pour un moment que l'on puisse faire, soit à une Succession de meubles et acquêts, soit à une Succession de propres paternels, soit à une Succession de propres maternels, l'application des lois romaines qui prohibaient tout pacte sur les Successions futures: il restera encore à savoir si ces lois étaient encore observées à l'époque où a été rédigé l'acte dont il est ici question, c'est-à-dire, le 5 avril 1776.

» Elles l'étaient certainement encore dans l'ancien territoire français; ou du moins elles n'y avaient éprouvé de dérogation qu'en faveur des institutions faites par contrat de mariage et par contrat d'association universelle. Hors ces deux cas, l'usage général de la France était, sur cette matière, conforme au droit romain; hors ces deux cas, toute institution d'héritier faite par acte entre-vifs, était radicalement nulle.

» Il n'en était pas de même en Allemagne; et c'est ce que prouvent notamment les détails dans lesquels entre là-dessus un jurisconsulte moderne qui jouit dans tous les tribunaux germaniques, de la plus grande considération, Leyser, dans ses *Meditationes ad Pandectas*, tome 1, *specimen* 43.

» Il remonte à la source de la prohibition des institutions contractuelles dans le droit romain: il la trouve dans l'habitude presque journalière où étaient les habitans de l'ancienne Rome, de se défaire par le poison, par le fer ou de toute autre manière également atroce, des personnes à qui ils avaient l'espérance de succéder; habitude qu'il prouve par une foule d'exemples et par les autorités que lui fournissent Ciceron, Junéval, Sénèque et les textes même des lois romaines.

» Il établit ensuite que ces crimes ont toujours été inconnus, ou du moins extrêmement rares, chez les peuples du nord, *inter gentes ad septentrionem positas.*

» De là il conclud que le motif des lois romaines n'est pas applicable à l'Allemagne, et cette première conséquence l'entraîne à une seconde, savoir, qu'en Allemagne les pactes successoires doivent être permis. Ils l'étaient certainement, dit-il, avant que le droit romain fût connu en Allemagne, et ils le sont encore aujourd'hui: *Constans (est) Germanorum et antè et post receptionem juris Romani, consuetudo de hereditatibus pascis-cendi.* Qu'ils aient été permis chez nous, avant l'introduction du droit romain, c'est ce qu'atteste *Stryckius*, dans son traité *de Successione ab intestato*, diss. 8, chap. 1, §. 5. Qu'ils le soient encore aujourd'hui, c'est ce dont ne peut douter quiconque est tant soit peu au fait de la jurisprudence germanique: *recentiorem verò consuetudinem nemo in dubium vocare potest, qui modò parum in foris Germaniæ versatur.* Tous les jours, il se fait, dans les contrats de mariage, des pactes successoires, qui lient irrévocablement les époux: *pacta dotalia quotidiè inter conjuges de Successione in omnia bona ineunt, quorum revocatio non permittitur.* Et qu'on ne vienne pas dire que c'est là un privilége particulier aux contrats de mariage: *Nec est quòd dicas singulare hoc in pactis dotalibus esse, quod ad alia pacta extendi non debeat.* Car nous ne voyons aucune différence entre les contrats de mariage et les autres conventions: il y a pour celles-ci la même raison que pour ceux-là; et cette raison est que tout pacte qui ne blesse point les bonnes mœurs, doit être observé religieusement: *nullum quippè videmus discrimen. Eadem quæ in pactis dotalibus versatur ratio, alibi quoque valet, quòd videlicet æquum sit promissum et fidem datam, si cùm bonis moribus non pugnet, servare.* Aussi les plus grands jurisconsultes assurent-ils qu'en Allemagne, les pactes successoires sont généralement approuvés; et confirment-ils leur assertion par des arrêts formels: *Nec deest nobis summorum jurisconsultorum consensus, qui pacta successoria universali Germaniæ consuetudine sustineri asserunt, assertumque suum rerum judicatarum auctoritate confirmant, ex quibus in præsens Struvium, exerc.* 38, §. 47, *Schillerum, exerc.* 8, §. 40, *et Bergerum in economiâ juris*, lib. 2, tit. 4, §. 48, n° 1, *memorabimus.* Il ne reste plus aux partisans de l'opinion contraire qu'une objection: c'est de dire que les pactes successoires sont encore aujourd'hui contraires aux bonnes mœurs, en ce qu'ils portent ceux à qui une Succession a été promise, à désirer la mort de la personne à laquelle ils doivent succéder: *Unum videtur restare contrariæ opinionis præsidium: aiunt nempè pacta illa eatenùs adhuc hodiè contrà bonos mores esse, quòd efficiant ut is cui alterius hereditas promissa est, mortem promittentis expectet optetque improbo certè voto.* Mais qu'on y fasse attention, c'est là un vice, non du pacte, mais des hommes; et si le pacte même pouvait

être réprouvé par ce motif, il faudrait aussi, par ce motif, abolir tout le système des Successions *ab intestat*, et jusqu'à la simple légitime, puisque souvent aussi il en naît de coupables vœux pour la mort d'autrui. *Verùm enimverò hoc vitium est non pacti, sed hominum; quod tamen ad improbanda penitùs pacta ista non sufficit, nam si id sufficeret, tota quoque doctrina de Successionibus ab intestato, item de legitimâ, ex quâ etiam non rarò improba ejus modi vota oriuntur, tollenda esset.* C'est donc avec raison que les facultés de droit des universités de Wittemberg et de Helmstadt, ont répondu, la première, en mars 1710, *Qu'on peut aujourd'hui, conformément à la jurisprudence reçue dans toute l'Allemagne, disposer de sa succession et de tous les biens qu'on laissera en mourant, non-seulement par testament, codicille ou donation à cause de mort, mais encore par des contrats et par d'autres conventions ou actes entre-vifs*; la seconde, en juin 1716, qu'en vertu d'un acte par lequel le nommé Nicolas Picht s'était obligé, en échange d'une maison que lui avait donnée Catherine Picht, de laisser sa Succession aux enfans de celle-ci, les enfans de Catherine Picht devaient obtenir la possession de tous les biens laissés par Nicolas Picht; *Attendu* (ce sont ses termes) *que de pareilles institutions sont réputées valables dans toute l'Allemagne, et qu'elles donnent aux héritiers ainsi institués, les mêmes droits que les lois accordent à un héritier testamentaire.*

» Nous pourrions à ces autorités joindre celle d'un grand nombre d'autres jurisconsultes allemands; mais elle n'ajouterait rien à la certitude du fait que, dans toute l'Allemagne, il est permis d'instituer un héritier par un simple contrat comme par un testament; nous nous bornerons à dire que ce fait vient encore de nous être attesté par notre savant collaborateur, M. Daniels.

» Il reste donc à savoir si le Brabant, avant sa réunion à la France, suivait, à cet égard, la jurisprudence germanique, ou si c'était la jurisprudence française qui y prédominait.

» Une vérité historique sur laquelle il est impossible d'élever le plus léger doute, c'est que le Brabant formait, avant sa réunion à la France, un État aussi distinct, aussi indépendant de l'empire d'Allemagne, qu'il l'était de la monarchie française; mais il est en même temps très-certain que, pendant plusieurs siècles, le Brabant avait été tenu en fief de l'empire germanique. *Notum est et indispensabile*, dit Stockmans (*de jure devolutionis*, part. 3, chap. 1, n° 8) *duces Brabantiæ, ratione feudorum ex quibus velut partibus ducatus contextus est, homagium ac fidelitatem imperio Romano præstitisse.* C'est ce qu'il prouve par une charte de l'empereur Philippe, où il est dit: *accedens ad præsentiam nostram consanguineus et princeps noster Henricus, illustris dux Lotharingiæ et Brabantiæ homagium nobis fecit et de manu nostrâ recepit feudum quod ab imperio tenere debet.* Un peu plus haut, n° 3, le même auteur rapporte une autre charte du roi des Romains Richard, qui rend ainsi compte de l'hommage que vient de lui rendre le duc Jean: *ad universorum notitiam cupimus pervenire, quod constitutus nuper in nostrâ præsentiâ illustris Joannes dux Brabantiæ et Lotharingiæ, ducatum Brabantiæ et Lotharingiæ quem à nobis ratione imperii tenere debet in feudum, à nobis tanquam à Romano rege, cùm solemnitate consuetâ et debitâ recepit in feudum, et indè nobis homagium præstitit et fidelitatis debitæ juramentum.*

» Il ne serait donc pas étonnant que les Brabançons eussent été plus enclins à se conformer, en certaines matières, aux usages généraux de l'Allemagne, qu'aux usages généraux de la France; et ce qui démontre clairement que, même dans les temps les plus rapprochés de nous, ils étaient encore, à quelques égards, considérés comme allemands, c'est que l'art. 11 du chap. 127 des chartes générales de Hainaut, rédigées en 1619, les comprend dans la liste des peuples qui, dans cette dernière province (que les empereurs d'Allemagne comptaient aussi anciennement au nombre de leurs mouvances), *ne sont tenus pour aubains, comme étant de l'empire...*

» Mais au surplus interrogeons, sur l'objet qui nous occupe ici spécialement, les auteurs qui ont écrit sur la jurisprudence brabançonne.

» Stockmans, dans sa 47e décision, semble, en prouvant que *pacta familiæ sive gentilitia hodiè generatim valent, si concepta sunt de bonis ipsis, non de hereditate vel Successione*, supposer que l'on suit encore en Brabant les dispositions des lois romaines qui prohibent les institutions d'héritier par contrat. Mais il ne dit là-dessus rien d'assez formel, pour que l'on puisse en tirer un argument raisonnable.

» Decker, qui était, comme Stockmans, conseiller au conseil souverain de Brabant, va plus loin: il soutient, dans ses dissertations sur la loi 19, C. *de pactis*, que, d'après les lois romaines, on ne peut, en cette contrée, disposer par contrat, ni d'une Succession, ni même d'un bien déterminé qui doit en faire partie.

» Mais il est formellement contredit par son annotateur Chrystin; et celui-ci ne craint pas d'assurer que toute l'Europe a rejeté, en cette matière, les excessives subtilités du droit romain et admis les pactes de famille contenant institution d'héritier : *hoc de jure scripto ; hodiè verò rejectâ passim juris Romani scrupulosâ subtilitate, in universâ Europâ, communi receptâ opinione, pacta gentilitia admissa sunt, quia favorabilia ac ad confirmationem agnationis omnium spectant.*

» Anselmo, sur l'art. 16 de l'édit perpétuel de 1611, §. 36, établit également que les substitutions fidéicommissaires étant, par cet article même, reconnues pouvoir être faites *par contrats d'entre-vifs, de mariage, ou autres*, il en résulte nécessairement la conséquence que, non-seulement dans le Brabant, mais encore dans toute la Belgique, on peut, par un contrat quelconque, instituer un héritier, tout aussi bien que par un testament : *Summi juris vertices inter se dimicant an pactum de futurâ Successione valeat, et an contractu hereditas deferri possit. Sanè variis in locis leges municipales id admittunt, præsertim in contractu qui fit antè nuptias et in societate omnium bonorum, et eâ de re extant res judicatæ....., licet Tiraquellus in utramque partem argumenta deducat. Has autem forenses disputationes edictum hoc nostrum sustulit, dùm apertè innuit institutiones in contractu fieri posse, verbis :* OU PAR CONTRATS D'ENTRE-VIFS, DE MARIAGE OU AUTRES, QUE COMMUNÉMENT ON APPELLE CONVENTIONNELS.

» Drosnel, qui était président au conseil provincial de Namur, tient absolument le même langage; il rapporte dans sa 30e question, un jugement rendu par ce tribunal le 24 décembre 1664, sur le point de savoir si une institution d'héritier faite par un contrat ordinaire, était valable, et voici de quelle manière il nous apprend que la contestation fut jugée : *Quoiqu'on eût allégué le droit écrit qui défend tous les pactes* de futurâ hereditate, *on n'en fit pas d'estime, d'autant qu'en ce regard, le droit était abrogé par une usance contraire de toute l'Europe..... On dit en second lieu que par le* 16e *article de l'édit perpétuel de* 1611, *les pactes* de futurâ Successione *étaient ouvertement autorisés par ces mots*, contrats d'entre-vifs, de mariage ou autres; *et que cet édit faisant une loi perpétuelle et universelle en ce regard, il n'en fallait plus douter;* ON DEMEURA DONC D'ACCORD SUR CE POINT.

» On pourrait opposer à ce jugement, un arrêt du grand conseil de Malines, rapporté par Hony, conseiller clerc en cette cour, §. 21. Il s'agissait d'un contrat d'association universelle passé à Gand, le 6 avril 1732, entre le sieur Michel, chanoine, et son frère, greffier; par ce contrat, les associés avaient fait donation à celui des deux qui survivrait à l'autre, de tous les biens qui, au décès du premier mourant, formeraient sa part dans la société; *Après la mort du chanoine* (dit l'arrêtiste), *M. Michel et la dame Thaon, frère et sœur du défunt, ont agi en nullité de contrat; les échevins des parchons* (de Gand) *ayant ordonné aux parties de se communiquer leurs avertissemens respectifs, on en appela au conseil* (provincial de Flandre), *qui, par sentence définitive, déclara le contrat bon, et qu'il devait sortir son effet. La cause ayant, par appel, été introduite au grand conseil, ledit greffier posa par requête, avec offre de preuve, l'usage constant de la ville de Gand, selon lequel pareils contrats y sont réputés pour bons et valables, à laquelle preuve il a été admis; et en cas qu'il n'aurait voulu faire ladite preuve*, pro retento *fut résolu de déclarer ledit acte nul.*

» Mais 1° cet arrêt, en tant qu'il préjuge la nullité de l'acte du 6 avril 1732, va beaucoup trop loin : il heurte de front la maxime attestée par tous les auteurs français et belges, que l'on peut instituer un héritier par un contrat d'association universelle. 2° Ce n'est pas pour le Brabant, c'est pour la Flandre, que cet arrêt a été rendu. 3° Nous trouvons dans le recueil de Coloma, tome 2, page 86, trois arrêts du grand conseil de Malines, des 8 novembre 1713, 10 février 1721 et 25 juin 1723, qui jugent qu'en Flandre même, *une fille peut renoncer à la Succession de son père, même hors du traité de mariage;* et l'on sent assez que les lois romaines ne permettant pas plus de renoncer par contrat à une Succession future, que de promettre une Succession future par contrat, avoir jugé que le premier est permis en Flandre, *même hors du traité de mariage*, c'est avoir implicitement jugé que le second n'y est pas défendu : l'on sent assez que ces trois arrêts n'ont pu avoir d'autre motif que l'abrogation des lois romaines qui prohibaient tout pacte sur les Successions non encore échues.

» Enfin, messieurs, ce qui nous paraît trancher toute espèce de difficulté, c'est que, par arrêt du 30 messidor an 11, vous avez décidé formellement que les usages brabançons étaient, en cette matière, conformes à la jurisprudence allemande; et que, comme celle-ci, ils admettaient les institutions d'héritier par simple contrat.

» Elisabeth Moons, veuve de Jean-Baptiste-

Langkpaq, s'était remariée à Jean-Philippe Decort. Le 5 juillet 1785, elle fit avec son second mari un testament conjonctif auquel intervint Jean-Joseph Langkpaq, son fils de premières noces; par ce testament, les deux époux s'instituèrent mutuellement héritiers universels, et chacun d'eux institua ensuite Jean-Joseph Langkpaq dans tous les biens qu'il laisserait, tant de son chef que de celui du premier mourant. Jean-Joseph Langkpaq approuva et signa le testament, et par là consentit qu'en cas de prédécès de sa mère, tous les biens qu'il avait à recueillir par droit de dévolution, passassent à Jean-Philippe Decort, son beau-père, et à la charge par ce dernier de lui laisser sa propre Succession confondue avec celle d'Élisabeth Moons. Ainsi, le testament renfermait à l'égard de Jean-Joseph Langkpaq, un pacte vraiment successoire, une véritable institution contractuelle à titre onéreux. Élisabeth Moons mourut en 1788. Le testament reçut son exécution, et Jean-Philippe Decort décéda à son tour le 15 germinal an 8; alors procès entre ses héritiers collatéraux et Jean-Joseph Langkpaq : celui-ci réclamait la Succession de son beau-père, en vertu de son institution contractuelle du 5 juillet 1786. Les héritiers collatéraux lui répondaient : la Succession est régie par la coutume de Santhoven, en Brabant, qui soumet expressément au droit romain tous les cas sur lesquels elle ne s'est pas expliquée. Or, le droit romain réprouve tous les pactes successoires, et il n'a été dérogé à sa disposition que pour les contrats de mariage et les contrats d'association universelle. Votre institution ne peut donc pas valoir comme contractuelle; elle ne pourrait valoir que comme testamentaire; mais comme institution testamentaire, comme disposition universelle à cause de mort antérieure à la loi du 17 nivôse an 2, elle est annulée par l'art. 47 de la loi du 22 ventôse de la même année. Par arrêt du 28 ventôse an 10, la cour d'appel de Bruxelles prononça en faveur de Jean-Joseph Langkpaq, *attendu que l'acte du 5 juillet 1786, qualifié de testament, n'était, dans sa nature, qu'un véritable contrat anomal, qui, à la mort d'Élisabeth Moons, avait reçu sa pleine et entière exécution au profit de Jean-Baptiste Decort*, lequel par conséquent n'avait pas pu le révoquer. Recours en cassation de la part des héritiers Decort; et le 30 messidor an 11, après un délibéré, au rapport de M. Gandon et sur nos conclusions, vous avez rejeté leur requête, *Attendu que, quoique suivant les principes du droit, les testamens doivent être faits d'un seul contexte, cependant l'intervention d'un tiers ne les vicie pas, lorsqu'elle a pour objet les choses même, ou quelques-unes des choses dont le testament dispose; que dans le testament du 5 juillet 1786, fait par Élisabeth Moons avec Jean-Philippe Decort, son second époux, celle-là disposa des biens sur lesquels Jean-Joseph Langkpaq, fils de son premier mariage avec Christin Langkpaq, avait des droits, disposition qui n'eût pu valoir dans sa généralité, sans le consentement que donna son fils; que, dès-lors, le testament renferma un contrat anomal, comme le dit le jugement attaqué; que ce contrat a eu sa pleine et entière exécution au profit de Decort, après la mort d'Élisabeth Moons; qu'aucune loi ne s'opposait à ce qu'il fût exécuté après la mort de Decort, au profit de Jean-Joseph Langkpaq, qui jusqu'alors avait souffert de l'exécution.*

D'après un arrêt aussi formel, il ne peut plus rester l'ombre d'un doute sur la question de savoir si les pactes successoires, hors contrat de mariage ou d'association universelle, avaient lieu en Brabant avant la publication du Code civil : nous devons désormais regarder l'affirmative comme incontestable; et dès-là, il est clair que même en considérant l'acte du 5 avril 1776 comme un pacte successoire dans le sens des lois romaines, nous devrions encore le regarder comme valable.

» Mais, disent les demandeurs, ce n'est pas seulement comme contraire aux lois romaines que nous attaquons le pacte successoire du 5 avril 1776; ce pacte est encore nul de quatre autres chefs :

» Il est nul, par défaut de réciprocité, en ce que la dame Helman qui avait des enfans, ne promettait réellement rien aux frère et sœur Scorion;

» Il est nul, parceque Jeanne Kerenbroëck, qui était appelée par une disposition expresse au partage des biens maternels avec les enfans de la dame Helman, n'était point partie au contrat et n'y prenait aucun engagement;

» Il est nul, parceque l'un des frères Scorion n'a point paru à l'acte et ne l'a jamais ratifié;

» Il est nul enfin, parceque chacune des parties contractantes est demeurée maîtresse d'aliéner et d'hypothéquer ses biens.

» Ainsi, quatre objections à discuter.

» 1° Il est vrai que la dame Helman avait, à l'époque du 5 avril 1776, des enfans qui lui ont survécu. Mais ces enfans pouvaient mourir avant elle; et c'est pour ce cas alors très-possible, qu'elle a promis aux frères et sœur Scorion de leur laisser ses propres paternels;

elle a donc, par là, mis un prix véritable à la promesse que les frères et sœur Scorion lui ont faite à leur tour de lui laisser leurs propres maternels. Il y a donc réciprocité dans la convention du 5 avril 1776.

» 2° De ce que Jeanne Kerenbroëck n'a pas été partie dans l'acte, de ce qu'elle n'y a pris personnellement aucun engagement envers les frères et sœur Scorion, l'on pourrait tout au plus conclure que, si elle avait survécu aux frères et sœur Scorion, elle n'aurait pas pu réclamer l'effet du pacte successoire, et que ce pacte eût été nul à son égard. Mais, dans cette hypothèse même, la convention aurait toujours subsisté en faveur des enfans de la dame Helman, *utile non vitiatur per inutile*. Il y a plus; si Jeanne Kerenbroëck vivait encore, elle pourrait, comme les enfans de la dame Helman, demander l'exécution du pacte; et elle n'aurait besoin pour cela, que d'invoquer un principe qui, en 1776, était admis en Brabant comme en France, et que l'art. 1121 du Code civil a consacré, savoir, qu'on *peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même.*

» 3° Le défaut de présence de l'un des frères Scorion à l'acte du 5 avril 1776, le défaut même de ratification de sa part avant son décès, ne peuvent être ici d'aucune considération : ce n'est pas à lui qu'il est question de succéder, c'est à sa sœur; or, sa sœur a stipulé pour lui; elle s'est portée forte pour sa personne; et il a toujours été de maxime qu'on peut, en contractant pour un tiers, promettre le fait de celui-ci.

» 4° Qu'importe ici la liberté que chacune des parties contractantes a conservée, après l'acte du 5 avril 1776, d'aliéner et hypothéquer ses biens? C'est une institution contractuelle réciproque que les parties ont faite par l'acte du 5 avril 1776; et l'on sait assez que les institutions contractuelles laissent les instituans maîtres de disposer de leurs biens à titre onéreux, sans cesser, pour cela, d'être obligatoires.

» Cette dernière observation fait tomber à l'avance le troisième et dernier moyen de cassation des demandeurs.

» Vainement en effet les demandeurs viennent-ils dire que la demoiselle Scorion a révoqué par son testament, le pacte successoire qu'elle avait précédemment souscrit. Quand le fait serait vrai, ce que nous croyons inutile d'examiner, il resterait à savoir si la révocation est valable, et certainement la cour d'appel de Bruxelles n'a violé aucune loi en jugeant que non; par cela seul que l'institution réciproque renfermée dans l'acte du 5 avril 1776, était contractuelle, il était impossible que l'une des parties la révoquât sans le consentement de l'autre. C'est ce que vous avez décidé de la manière la plus positive, par votre arrêt du 30 messidor an 11; c'est aussi ce que soutient Leyser, dans l'ouvrage que nous avons déjà cité, *specimen* 44.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs ».

Arrêt du 2 fructidor an 13, au rapport de M. Liger-Verdigni, par lequel,

« Attendu 1° que, si les demandeurs ont été déclarés non-recevables et non fondés dans leurs demandes à fin de faire rejeter du procès les pièces arguées de faux, ce n'est pas, ainsi qu'ils l'objectent, parcequ'ils n'avaient pas prouvé les faits dont la cour d'appel de Bruxelles avait ordonné la jonction au principal, pour y être statué en définitif, mais uniquement par ce motif exprimé dans l'arrêt du 27 frimaire an 12, *parcequ'ils n'avaient rapporté aucun titre, ni tenté aucune preuve testimoniale sur le fait du faux par eux articulé;*

» 2° Que le reproche fait à la cour d'appel, de n'avoir pas statué sur les faits, n'est pas exact, puisque par l'arrêt définitif du 27 frimaire an 12, il est formellement déclaré *que les Helman ont, par l'explication des faits et des circonstances, suffisamment écarté les indices de faux allégués par les demandeurs, et qu'ils n'ont produit pour toute preuve que la déclaration des experts;*

» 3° Que l'avis donné par les experts, ne lie point l'opinion du juge; que leur science étant conjecturale, il serait dangereux de prononcer une condamnation sur leur seul témoignage;

» 4° Que la cour d'appel de Bruxelles, en confirmant le pacte de famille, loin d'avoir violé aucune loi, a fait une juste application, dans l'espèce, de celles qui étaient suivies dans le lieu où ce pacte avait été consenti;

» 5° Enfin, que ce pacte n'a point été révoqué par le testament du 18 mai 1792; que d'ailleurs ce pacte renfermant les dispositions *contractuelles*, des obligations bilatérales, il ne pouvait être révoqué sans le consentement de toutes les parties qui y avaient concouru.....;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi.... ».

IV. Aujourd'hui le Code civil n'autorise les pactes sur les Successions futures, que dans les contrats de mariage. *V.* l'article *Institution contractuelle*, §. 3.]]

[[SUCCESSION VACANTE. *V.* l'article *Curateur*, §. 3.]]

SUFFRAGE. *V.* les articles *Élection* et *Opinion*.

SUGGESTION. C'est, dans le sens littéral, l'action d'informer, d'instruire, d'inspirer, de faire ressouvenir, de conseiller. C'était tout ce que signifiait ce terme dans le droit romain. La loi 2, §. 2, D. *ubi pupillus educari debeat*, la loi 1, §. 21, D. *de quæstionibus*, la loi 5, D. *de verborum significatione*, la loi 5, C. *de bonis quæ liberis*, et la loi 5, C. *de solutionibus*, en contiennent des preuves claires et précises.

Mais, dans notre jurisprudence, le mot *Suggestion*, appliqué aux actes de libéralité, se prend toujours en mauvaise part; et l'on regarde généralement l'action qu'il exprime, comme une cause destructive des donations ou testamens dans lesquels elle a influé.

Il ne faut pas croire cependant que nous ne connaissions à cet égard qu'une sorte de Suggestion: il est certain au contraire qu'on doit en distinguer deux espèces; et elles consistent, l'une, à surprendre le donateur ou testateur par des insinuations artificieuses; l'autre, à lui inspirer, par des interrogations faites pendant la passation de l'acte, ce qu'il doit dire, et le mettre dans le cas de faire ce qu'on appelle une disposition *à l'interrogat d'autrui*.

§. I. *De la Suggestion considérée comme persuasion artificieuse.*

I. C'est un principe certain et consacré par l'art. 47 de l'ordonnance de 1735, que la Suggestion annulle les actes de libéralité qui en sont l'ouvrage.

Mais qu'est-ce que suggérer? C'est, répond le commentateur de la coutume de Lorraine, tit. 2, art. 9, *provoquer le testateur par paroles*, et *le porter à laisser quelque chose*.

Gardons-nous cependant d'adopter une définition aussi vague. Il y a différentes manières de solliciter une libéralité, et toutes ne sont pas réprouvées par les lois.

« Ce n'est point un crime de provoquer la » dernière volonté d'une femme par des dis» cours dans lesquels règne toute la tendresse » maritale ». Ce sont les termes de la loi dernière, C. *si quis aliquem testari prohibuerit*.

La loi 5 du même titre, au Digeste, dit quelque chose de semblable: « Un mari n'a» vait employé ni violence, ni dol pour empê» cher sa femme qui avait changé de volonté, » de faire un codicille à son désavantage; mais » il avait, comme d'ordinaire, regagné le » cœur de la testatrice par des démonstra» tions de tendresse. J'ai répondu qu'il n'avait » fait en cela rien de répréhensible, et qu'on » ne pouvait pas lui ôter, sous ce prétexte, » ce qui lui avait été donné par testament ».

La loi 70, D. *de heredibus instituendis*, approuve expressément les institutions testamentaires qui sont provoquées par des affections mutuelles: *non eas institutiones senatus improbavit quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt.*

Ainsi (dit Furgole, *Traité des testamens*, chap. 5, sect. 3), « les présens, les affections » vraies ou simulées, les services, les com» plaisances, les caresses, les prières, dans la » vue d'attirer des libéralités, n'ont pas, à » la vérité, toute la pureté d'intention et ne » sont pas louables, à cause du motif d'intérêt » sordide qui en est le mobile; mais ces voies » ne sont pourtant pas déclarées illicites, par» cequ'elles n'ont pas une liaison nécessaire » avec le dol et la fraude; ce sera tout au plus » ce qu'on appelle *dolus bonus*, qui ne doit » point nuire à celui qui le met en usage ».

De là il suit, comme le remarque le même auteur, « que la Suggestion n'est un moyen de » cassation des dispositions, qu'autant qu'elle » rend la disposition involontaire, et qu'elle » est fondée sur le dol, et que la preuve des » faits de Suggestion n'est recevable que » quand ils tendent à la preuve du dol, c'est» à-dire, que les dispositions ont été surprises » par des inspirations et des Suggestions ar» tificieuses et frauduleuses; et c'est avec fon» dement que Menochius (*de arbitr.*, casu » 395, n° 45) et les autres interprètes du » droit romain exigent *quod falsæ et dolosæ* » *Suggestiones adhibitæ sint* ».

Il y a cependant des auteurs (et parmi eux figure Ricard, part. 3, n° 46) qui regarde la simple persuasion comme une Suggestion propre à annuler une libéralité; et voici comment ils raisonnent: il est incontestable que la violence infecte toutes les dispositions dont elle est le principe; or, la loi 1, §. 3, D. *de servo corrupto*, décide que la persuasion a quelque chose de plus dangereux que la violence. *Persuadere autem est plus quàm compelli atque cogi sibi parere.* Donc, et à plus forte raison, la simple persuasion doit être regardée comme un vice radical en fait de libéralités.

Mais, répond Furgole « il faut considérer » les voies qu'on prend pour persuader. Per» suader des choses justes, ou même persuader » des choses qui ne sont pas défendues, et » n'employer que des voies légitimes, comme » de faire quelques libéralités par de bonnes » considérations et des motifs justes, ce ne

» serait pas le cas de la nullité par Suggestion; on ne pourrait se plaindre de la disposition, et l'attaquer que dans le cas qu'on eût usé de dol, de fraude ou d'artifice pour surprendre la volonté du testateur. En effet, la loi opposée n'improuve pas toute persuasion, elle n'improuve que celle qui tend à corrompre l'esprit de l'esclave dont elle parle; car, ajoute le même texte, on peut persuader le bien ou le mal. Au premier cas, on n'est point coupable, c'est le second seulement que la loi défend : *nam et bonum consilium quis dando potest persuadere et malum, et ideò prætor adjecit dolo malo quo eum deteriorem faceret, neque enim delinquit nisi tale aliquid servo persuadeat ex quo eum faciat deteriorem.* Ainsi, il est clair que les auteurs qui ont employé ce texte pour en induire que toute persuasion était mauvaise et annulait la disposition, en ont abusé ».

Encore une fois, tenons pour constant que la seule Suggestion capable de vicier un acte de libéralité, est celle qui porte un caractère de dol, de fraude et d'artifice.

II. Mais comment peut-on reconnaître et prouver cette Suggestion ?

En général, on sent que cela n'est pas aisé. La loi le présume cependant en plusieurs cas. Toute disposition faite par un mineur au profit de son tuteur ou curateur, par un novice au profit de son monastère, par une pénitente au profit de son confesseur, par un homme au profit de sa concubine, est, sans autre preuve, regardée comme le fruit de la Suggestion.

Hors ces cas, rien de plus difficile que de découvrir et de mettre au grand jour les traces que la Suggestion peut laisser après elle. « Elle n'agit (dit Cochin) que par des routes » obscures et, pour ainsi dire, souterraines; » elle se masque avec art, non-seulement aux » yeux du public, même aux yeux de celui » qu'elle enchaîne et opprime; et il en suit » les impressions sans s'en apercevoir».

La Suggestion est donc, non-seulement une fraude, mais encore la plus déliée et la plus adroite de toutes les fraudes; et de là naît presque toujours la difficulté de la démontrer parfaitement.

Mais c'est cette difficulté même qui doit rendre la justice plus indulgente sur la nature et le genre des preuves qui indiquent la Suggestion. « Selon les régles du droit et le sens commun (dit Coquille, sur l'art. 40 du chap. 4 » de la coutume de Nivernais), la fraude ne » peut être prouvée que par conjectures, et » ne serait pas fraude si elle n'était occulte ».

Dumoulin établit la même chose sur l'art. 33 de l'ancienne coutume de Paris, gl. 2, n° 23; et il nous montre en même temps la route qui conduit à la découverte de la fraude : il faut, dit-il, commencer par une discussion exacte de tous les faits, *quod consistit in circumstantiis;* et la meilleure règle est de considérer ce qui a précédé et suivi les actes argués de fraude : *imprimis quæ præcedunt vel quæ sequuntur sunt spectanda* (1).

On pressent bien par là de quelle nature doivent être des faits de Suggestion, pour opérer la nullité d'un testament. Il faut qu'il en résulte que la volonté écrite du testateur est contraire à sa propre raison; qu'il n'a fait telle ou telle disposition, que parcequ'il y a été entraîné par l'obsession d'autrui, par une faiblesse marquée, et dont les preuves ont éclaté au dehors; que cette obsession a été l'unique cause de ses dispositions; que, si elle n'avait pas eu lieu, il en aurait fait de toutes contraires; en un mot, il faut que la volonté exprimée par le testament, soit entièrement opposée à celle que le testateur avait dans le cœur, et que l'une n'a été substituée à l'autre que par l'effet du dol, de la fraude et de l'artifice.

De là, la conséquence, qu'il ne suffit pas de demander vaguement à prouver la Suggestion, pour y être reçu, et qu'il faut pour cela, articuler des faits concluans, graves, précis et circonstanciés. C'est la doctrine de tous les auteurs, et la décision d'une foule d'arrêts.

III. Mais dans quelles circonstances doit-on admettre la preuve des faits qui réunissent toutes ces qualités? C'est la difficulté qui nous reste à résoudre.

L'ancienne jurisprudence n'était pas bien constante sur ce point; une infinité de jurisconsultes et de magistrats étaient persuadés qu'on ne pouvait, sans s'inscrire en faux, arguer de Suggestion un testament revêtu de toutes les formes légales. L'énonciation du notaire, que l'acte avait été dicté par le testateur de sa pure et libre volonté et sans Suggestion, leur paraissait un obstacle invincible à l'admission d'une preuve dénuée du secours de l'inscription de faux.

D'un autre côté, la preuve testimoniale avait aussi ses partisans; Ricard, Ferrière, d'Agueseau, soutenaient fortement qu'elle devait être admise.

(1) *V.* l'article *Indices.*

Ce choc d'opinions introduisit dans la jurisprudence une incertitude qui ouvrit un champ vaste aux compilateurs d'arrêts : enfin la raison a vaincu le préjugé, et, par l'art. 47 de l'ordonnance de 1735, il a été permis aux héritiers *ab intestat* d'alléguer et de prouver la Suggestion, sans recourir à l'inscription de faux : pourquoi ? « Parcequ'en ce point (dit » le grand magistrat que nous venons de » citer), le notaire n'est qu'un témoin instru- » mentaire; il est, à la vérité, honoré de » toute la confiance de la loi et dépositaire de » la foi publique; mais toutes ces grandes qua- » lités ne lui sont données que pour rendre » un témoignage fidèle de ce qui se passe entre » les parties, et non pour le rendre juge de la » liberté et des motifs de leurs dispositions ».

La question de droit ne souffre donc plus de difficulté, il ne s'agit maintenant que de fixer les cas où l'on doit en appliquer la décision.

Les seuls cas où, suivant quelques auteurs, on peut avoir égard aux faits de Suggestion qui ont vraiment le caractère qu'ils doivent avoir pour faire casser un testament, sont ceux où il en existe des preuves ou au moins des commencemens de preuve par écrit; et jamais on ne peut tirer parti de ces faits, lorsqu'ils n'ont pour base que des dépositions de témoins.

Mais cette opinion nous paraît contraire aux principes.

Dans quel cas en effet les commencemens de preuve par écrit sont-ils nécessaires pour que le juge puisse ordonner la preuve par témoins ? C'est ce que nous apprennent les art. 2 et 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667. Le législateur détermine par le premier de ces textes, les matières qui ne peuvent être prouvées que par écrit, et il ajoute par le deuxième : « N'en- » tendons néanmoins exclure la preuve par- » témoins, lorsqu'il y aura un commence- » ment de preuve par écrit ».

Voilà bien une déclaration précise et formelle, qu'il n'est besoin de commencement de preuve par écrit que dans les matières où la loi exige des preuves écrites, et que dans celles où elle n'en exige pas, la preuve par témoins doit être admise sans commencement de preuve par écrit.

Or, la loi n'exige pas de preuve écrite des faits de Suggestion. L'art. 47 de l'ordonnance de 1735 n'en dit pas un mot : et qu'invoquera-t-on pour suppléer à son silence ? Sera-ce l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, ou, dans les Pays-Bas, l'art. 19 de l'édit perpétuel de 1611 ? Mais ces lois sont bornées au cas où l'on veut *traiter ou disposer de toutes choses excédant la valeur de* 100 *livres*, ou de 300 florins dans les Pays-Bas, *soit par ordonnance de dernière volonté, donation, contrat de mariage, vendition ou autre contrat quelconque*. Cette disposition n'embrasse, comme on voit, que les testamens et les contrats; elle ne s'étend point jusqu'aux faits, parcequ'ils ne se rédigent point par écrit; elle ne peut donc pas empêcher la preuve testimoniale de la Suggestion.

Si une personne venait dire que le défunt a fait en sa faveur une disposition générale de tous ses biens, et qu'elle en offrit la preuve par témoins, à la bonne heure, on ne devrait pas l'écouter; mais ce n'est point là ce que prétend un héritier qui attaque un testament de Suggestion. Saisi par la loi, par la règle *le mort saisit le vif*, d'une succession que la voix de la nature lui défère, et dont on cherche à le dépouiller par un acte de dernière volonté, il veut se maintenir dans sa possession légale, et, pour y parvenir, il détaille toutes les circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi la confection de cet acte : ces circonstances font, pour ainsi dire, toucher au doigt et à l'œil les manœuvres du spoliateur de la succession; il demande à en faire preuve : en quoi cela blesse-t-il l'ordonnance de Moulins et l'édit perpétuel ? Il ne s'agit pas de prouver que le défunt a fait un testament, mais que le testament qu'on présente comme son ouvrage, est celui de la fraude. Qu'on nous cite une loi qui défende cette preuve!

Les quasi-contrats, les délits, les faits de dol ou de violence qui ont donné l'être à un acte, se prouvent par témoins sans commencement de preuve écrite (1). Et l'on prétendra que la Suggestion, qui est, comme on l'a déjà dit, non-seulement une fraude, mais la plus déliée et la plus adroite de toutes les fraudes, ne pourrait être prouvée que par écrit! Il sera permis d'ôter la vie à un homme avec deux témoins, et l'on ne pourra, avec dix, priver un légataire d'une succession qu'il doit à des voies artificieuses et coupables... ! Que d'absurdités dans ces conséquences !

Si quelques auteurs ont pensé qu'il fallait, en cette matière, un commencement de preuve par écrit, pour rendre la preuve testimoniale admissible, leur opinion n'est point une loi, elle est contraire à l'esprit de la loi même; et il suffit pour la détruire, de lui opposer l'autorité de M. d'Aguesseau dans son plaidoyer 39 :

(1) D'Argentrée ; art. 269 ; Mornac, sur la loi 6, C. *de dolo* ; Charondas, liv. 7, rép. 187 ; Jousse, sur l'ordonnance de 1667, tit. 22, art. 4. *V.* l'article *Preuve*, sect. 2, §. 3, art. 1, n° 23.

« il y a (dit-il) deux exceptions à la défense » de la preuve testimoniale, prononcée par les » ordonnances de Moulins et de 1667 : l'une » est écrite dans la dernière de ces lois, *lors-* » *qu'il y aura un commencement de preuve* » *par écrit* ; l'autre est enseignée unanime- » ment par tous les docteurs, par tous ceux » qui ont commenté ces ordonnances ; tous » admettent la preuve par témoins dans le cas » de fraude ».

Ce magistrat s'explique d'une manière encore plus précise dans son plaidoyer 58 :

« On a agité autrefois (dit-il) la question de savoir si l'ordonnance de Moulins avait lieu pour les faits par lesquels on pouvait attaquer les testamens : *Post magnas dubitationes perpetua et constans testatorum sententia per testes admitti.*

» Deux raisons. 1° La loi n'a été faite que pour les faits dont on peut avoir preuve par écrit ; ainsi, celui qui ne s'est point procuré cette preuve, doit s'imputer à lui-même sa négligence ; mais la loi n'a jamais prétendu réduire les hommes à l'impossible ; or, comme celui qui se plaint de la Suggestion, n'a pu obliger celui qu'il accuse, de lui en fournir une preuve par écrit, il est absolument hors de l'esprit de l'ordonnance de Moulins, etc.

» 2° Partout où il y a du crime mêlé, *cessat lex, non est malitiis hominum indulgendum ;* et la loi n'a garde de favoriser les crimes, en retranchant de la société la seule voie par laquelle ils peuvent être connus ».

La jurisprudence des cours souveraines est conforme à ces principes.

Écoutons d'abord l'exact et judicieux Soëfve, tome 1, cent. 4, chap. 77 : « bien que, par l'art. » 54 de l'ordonnance de Moulins, il soit dé- » fendu aux juges de recevoir la preuve par » témoins de toutes choses excédant la somme » de 100 livres, quand les faits de Suggestion » sont de telle qualité qu'ils vont à faire con- » naître que le testateur ne s'est point porté » librement à la disposition qu'on prétend » avoir été par lui faite de ses biens, mais qu'il » y a été induit et forcé par des mouvemens » étrangers, *la cour alors ne fait point de* » *difficulté de recevoir les faits de Suggestion,* » *comme elle fit le mardi 12 janvier 1655* ».

Il tient encore le même langage dans un autre endroit, tome 2, cent. 1, chap. 7. Après avoir rapporté un arrêt du 11 janvier 1656, conforme à celui qu'on vient de rappeler, il ajoute : « Par le moyen de quoi l'on peut dire » que la cour a reçu la preuve par témoins de » la Suggestion alléguée contre un testament » en bonne forme, quoique, par plusieurs » arrêts précédemment rendus, elle l'eût re- » jetée.... ; mais la différence qu'il y a entre » ces arrêts et celui-ci, est que, dans les cas » sur lesquels lesdits arrêts sont intervenus, » les faits de Suggestion étaient vagues et non » circonstanciés ; au lieu que, dans l'espèce de » celui-ci, ils étaient singuliers et précis, et » tendaient à faire voir que le testament du- » quel on se plaignait, ne contenait rien » moins que la volonté du défunt par lequel » on prétendait qu'il avait été fait ».

Le *Journal des Audiences* nous fournit un arrêt du 13 août 1700, qui confirme bien positivement cette jurisprudence. Il s'agissait d'un testament fait par une veuve en faveur des Ursulines de Castel-Dazary ; les héritiers de la défunte ont opposé « que les religieuses » avaient pratiqué plusieurs voies de Sugges- » tion, entre autres loué des domestiques » qu'elles avaient mis auprès de la défunte, » et fait aller des gens chez elle, qui, la nuit » faisaient semblant que son mari revenait, » et qu'il criait qu'elle déshéritât ses neveux » et donnât son bien à ces religieuses, sinon » qu'il étranglerait ses neveux.... Les reli- » gieuses au contraire se défendaient, en di- » sant qu'on ne doit point admettre légèrement » la preuve des faits de Suggestion, et qu'il y » avait près de trente ans qu'elles étaient en » possession ; que c'était une vieille recherche. » Par l'arrêt, les héritiers ont été admis à la » preuve de ces faits de Suggestion ».

Le parlement de Paris a encore rendu de nos jours, le 9 mai 1780, un arrêt qui est calqué sur les mêmes principes. Il a déclaré nul, pour cause de Suggestion, le testament fait par le sieur de Silvécane, Américain, au profit du sieur Tranel, marchand à Amiens, quoiqu'on n'opposât à celui-ci que des faits graves, à la vérité, mais seulement justifiés par témoins. L'espèce et les circonstances de cet arrêt sont rapportés dans tous les papiers publics, et notamment dans le Journal de Bouillon, juillet 1780, seconde quinzaine.

Raviot, sur Perrier, quest. 161, rapporte un arrêt du parlement de Dijon, du 29 juillet 1629, qui a pareillement admis la preuve par témoins de faits de Suggestion allégués contre un testament ; et il en rend cette raison, quest. 212 : « La preuve de la mauvaise Suggestion, » c'est-à-dire, de celle qui se fait *malis arti-* » *bus*, peut être faite par témoins, parcequ'il » s'agit d'un dol personnel, dont il est tou- » jours permis d'acquérir la vérité par toutes » les voies que la justice autorise ; une sem- » blable Suggestion est une espèce de subor- » nation ; ordinairement le mensonge et la » calomnie s'en mêlent : *un parent successible* » en impose à celui qui doit être son co-héri-

» tier, et le fait passer pour ce qu'il n'est pas » dans l'esprit du testateur; c'est là une trom- » perie et une Suggestion condamnable, bien » différente de celle qui, sans employer la » malice ni la perfidie, se fait par prières ou » par le mérite et l'attrait des services ».

On pourrait ajouter à ces autorités plusieurs arrêts du parlement de Flandre, qui ont jugé la même chose; on se contentera d'en rapporter un rendu le 6 juillet 1741, au rapport de M. Odemaër entre Philippe-François Caudrelier, et Jacques-Philippe Delplanque. Le testament fait par Anne-Laurence Dumoutier, au profit de Toussaint Delplanque, son mari, était accusé de Suggestion. Les faits articulés par Caudrelier, annonçaient que la testatrice n'avait fait que céder aux artifices et aux menaces de son légataire; mais ils étaient dénués de tout commencement de preuve par écrit, et combattus par un intervalle de trois ans et demi écoulés entre le testament et le décès. Nonobstant ces considérations, qu'on faisait valoir avec force, Caudrelier fut admis à la preuve testimoniale; et après l'avoir faite, il obtint en 1744 un second arrêt qui déclara le testament nul.

Voilà donc six arrêts qui admettent la preuve testimoniale de faits de Suggestion sans preuve ni commencement de preuve par écrit; et, qu'on y fasse bien attention, ces six arrêts donnent plus de poids à l'opinion qu'ils adoptent, que cent contraires ne pourraient l'impugner : pourquoi? Parcequ'un arrêt qui admet la preuve testimoniale, juge nécessairement et *in thesi*, qu'elle est admissible; au lieu qu'un arrêt qui la rejette, peut n'avoir d'autre motif que la légèreté des faits, leur défaut de rapport au testament, ou leur fausseté prouvée d'avance par écrit.

En général, il n'y a point de matière où les arrêts rendus puissent moins que dans celle-ci, diriger les arrêts à rendre, parcequ'il n'y a point de matière où les espèces soient susceptibles d'autant de différences essentielles, qui les rendent toutes étrangères les unes aux autres.

IV. Quelques auteurs prétendent que les faits de Suggestion ne sont pas recevables contre un testament olographe.

On conçoit bien qu'ils ne doivent pas être admis aussi aisément dans le cas d'un pareil acte, que lorsqu'il s'agit d'un testament fait devant notaires; mais les déclarer absolument inadmissibles, c'est aller trop loin. « Le dol » et la fraude (dit Furgole) ne sont pas des » moyens moins efficaces pour annuler les » testamens olographes, quoiqu'écrits, dates et signés par les testateurs que les » autres testamens, puisque rien n'empêche » que l'esprit du testateur n'ait pu être ma- » nagé par des artifices, au point de lui faire » écrire des dispositions suggérées : mais il » faut toujours en revenir à cette règle, que » les dispositions qu'il a couchées, étant l'effet » de la ruse et de l'artifice, et n'étant pas » fondées sur sa volonté libre et dégagée de » toute impression étrangère, elles ne sont » pas moins nulles que si le testateur ne les » avait pas écrites, tout comme on ne laisse » pas de casser des conventions frauduleuses » et compliquées de dol, quoique celui des » contractans qui les attaque, les ait écrites » et signées de sa main ».

[[*V.* le plaidoyer et l'arrêt du 18 fructidor an 13, rapportés au mot *Testament*, sect. 3.]]

V. Peut-on attaquer de Suggestion une donation entre-vifs?

On le peut sans contredit avec des preuves écrites, parcequ'elles servent en quelque sorte de contre-lettres à l'acte contre lequel elles militent; mais on ne le peut pas, suivant Basnage et un arrêt du parlement de Rouen, du 10 juillet 1647, qu'il cite, lorsqu'on n'a que des témoins à faire entendre. Nous avons retracé au mot *Preuve*, sect. 2, §. 3, art 1, n° 18, les motifs de cette doctrine; et nous voyons dans le *Journal des Audiences*, tome 3, page 1001, édition de 1733, qu'elle a été adoptée formellement par l'avocat-général Talon, dans une cause sur laquelle il portait la parole, *les faits de Suggestion*, disait ce magistrat, *ne sont jamais reçus contre une donation entre-vifs*.

VI. Un étranger légataire est-il recevable à attaquer de Suggestion le testament qui révoque son legs?

Cette question a été depuis peu jugée au parlement de Paris.

Le sieur Foucault, père et beau-père des sieur et dame Vaudron, avait fait, en 1780, un testament notarié, par lequel il avait laissé 400 livres de rente viagère à la femme Fouquet, sa domestique. Un mois avant sa mort, il révoqua cette disposition et ordonna que sa fille et son gendre prendraient sa succession sans autres charges que celles de la loi.

Après la mort du sieur Foucault, la femme Fouquet a demandé la nullité de ses dernières volontés, comme suggérées et faites par un homme en démence; elle a offert la preuve que le testateur, parfaitement sain d'esprit lorsqu'il l'avait avantagée par un premier testament, avait perdu le jugement lorsqu'il lui avait retiré ses bienfaits.

Les juges du châtelet n'ont pas cru devoir adopter cette prétention ; et sans avoir égard aux demandes de la femme Fouquet, dans lesquelles a elle été déclarée non-recevable et mal fondée, ils ont ordonné l'exécution du second testament.

Sur l'appel que la femme Fouquet a interjeté de cette sentence, les sieur et dame Vandron disaient, pour en établir le bien jugé, que la révocation du premier testament n'avait fait que rétablir l'ordre dans la succession ; que les seules lumières de la raison s'empressaient de repousser l'entreprise de l'appelante ; que cette entreprise était contraire d'ailleurs à toutes les lois connues sur la révocabilité arbitraire de toutes les dispositions testamentaires, lois qui sont fondées sur le principe que la volonté de l'homme est ambulatoire jusqu'à la fin de sa vie ; enfin, que c'était peut-être la première fois qu'une simple légataire, d'ailleurs étrangère au testateur, était venue se plaindre sérieusement en justice, de ce qu'il avait osé changer de volonté.

Sur ces raisons, adoptées par M. l'avocat-général Séguier, il est intervenu, le 9 août 1782, arrêt qui a mis l'appellation au néant, et a confirmé la sentence du châtelet avec amende et dépens.

[[VII. La Suggestion vicie-t-elle encore les actes de libéralité? *V.* l'article *Ab irato*, sect. 7, et l'arrêt de la cour royale de Paris, du 31 janvier 1814, rapporté au mot *Concubinage*, n° 4.

VIII. Les juges peuvent-ils réduire un legs, sur le fondement qu'il a été influencé par Suggestion ? *V.* l'article *Réduction de legs*.]]

§. II. *De la Suggestion qui consiste à mettre le testateur dans le cas de faire ce qu'on appelle une disposition à l'interrogat d'autrui.*

I. De toutes les coutumes de France qui parlent de la Suggestion, il n'en est qu'une qui la prend dans le sens sous lequel nous l'avons considérée dans le paragraphe précédent. C'est celle de Berri, tit. 18, art. 8 et 18. « Et pour obvier (porte-t-elle) aux Sug» gestions, induction, dol, fraude et fausseté » qu'on pourrait commettre aux testamens et » ordonnances de dernière volonté, etc. ». On voit que cette coutume joint la Suggestion avec l'induction, le dol, la fraude, la fausseté ; et sans doute c'est une marque bien évidente qu'elle la fait consister en persuasions artificieuses.

Les autres coutumes la prennent dans un sens tout différent. L'art. 268 de celle de Poitou veut qu'un testament pour être valable, *soit par le testateur dicté ou nommé sans Suggestion de personnes, et que mention en soit faite audit testament.* L'art. 162 de la coutume de Péronne, et l'art. 67 de celle de Châlons, contiennent la même disposition, qui se trouve encore dans plusieurs autres.

Pour en bien saisir le véritable sens, ouvrons le *Traité des testamens* de Furgole, chap. 5, sect 3, n° 32 :

« Elle suppose (dit-il) que la Suggestion doit être présumée sans preuve ; et si le testament ne détruit cette présomption en établissant le contraire, il doit être nul, comme n'ayant pas son fondement dans la volonté libre du testateur ; car c'est l'effet naturel de cette formalité, puisqu'on n'exige point de formalités pour prouver une chose fondée sur la disposition ou la présomption du droit, ou qui se présume d'elle-même sans autre preuve.

» Il ne serait pas raisonnable de penser que la coutume eût fait une telle disposition, si elle avait pris la Suggestion dans le sens des autres qui la regardent comme une branche du dol et de la fraude ; il y a donc lieu de croire que, dans ces coutumes, les mots *sans Suggestion*, ne sont employés que pour signifier que le testateur a dicté ses dispositions de son pur mouvement, et sans que personne les lui ait inspirées, ou l'ait interrogé s'il le voulait ainsi, sans aucun rapport avec le dol et la fraude, ni même avec la simple persuasion ».

C'est effectivement en ce sens que les commentateurs des coutumes citées ont entendu le mot *Suggestion*. « Si celui qui reçoit le » testament (dit Buridan sur l'art. 289 de la » coutume de Reims), ou quelque autre per» sonne demande ou interroge le testateur, » s'il veut et ordonne telle chose, sans que, de » lui-même, il l'ait premièrement dictée et » nommée ainsi, le testament sera aussi nul » et argué de Suggestion ».

Billicart, sur l'art. 67 de la coutume de Châlons, dit la même chose : « La Sugges» tion se fait principalement au temps de la » confection du testament, ce que marquent » ces mots, *et qu'il soit fait mention ;* et » quand le notaire demande au testateur, » s'il veut et entend ce qu'il lui propose, ou » ce qui est proposé par autrui qui interroge » le testateur, sans que le testateur le dé» clare et dicte lui-même ».

Godet, sur le même texte, dit pareillement que « le testament doit être sans *Suggestion*,

» laquelle est lorsqu'on demande au testateur » s'il veut léguer à un tel telle chose ».

Une autre preuve que la Suggestion dont parlent ces coutumes, n'a rien de commun avec celle qui fait la matière du premier paragraphe de cet article, c'est que trois arrêts des 14 août 1629, 24 juillet 1642 et 4 mai 1650, ont jugé que les termes, *sans persuasion ni induction*, ne pouvaient pas suppléer, dans la coutume de Poitou, aux mots *sans Suggestion*, qu'elle exige (1).

II. Au reste, la formalité prescrite par ces coutumes, n'est plus aujourd'hui de rigueur. L'art. 23 de l'ordonnance de 1735 déclare qu'il ne sera plus nécessaire à l'avenir *de se servir précisément de ces termes*, DICTÉ, NOMMÉ, LU ET RELU, SANS SUGGESTION, *ou autres requis par les coutumes ou statuts.*

Mais il reste à examiner si le fond même de la disposition de ces lois ne subsiste pas encore, c'est-à-dire, si un testament dans lequel on prouverait qu'il est intervenu une Suggestion telle que celle dont il s'agit ici, ne serait pas nul.

Cette question n'en est point une pour les pays coutumiers: l'article cité de l'ordonnance de 1635 là décide clairement pour l'affirmative, en obligeant la personne publique qui reçoit un testament, à écrire *les dernières volontés du testateur, telles qu'il les dictera.*

III. A l'égard des pays de droit écrit, la question peut se présenter,

1° Pour un testament mystique,

2° Pour un testament nuncupatif,

3° Pour un testament militaire ou entre enfans,

4° Pour un legs ou fidéicommis particulier contenu dans un de ces testamens,

5° Pour un codicille.

Reprenons chacun des cinq objets.

1° Un testateur présente au notaire et aux témoins un écrit auquel il les prie d'apposer leur suscription; mais au lieu de déclarer lui-même que cet écrit est son testament, et qu'il contient sa volonté, il est interrogé par un tiers sur l'un et l'autre point, et il se contente de répondre que oui. Ce testament sera-t-il valable?

Il le sera, selon l'opinion de Menochius (*de præsumptionibus, lib.* 4, *præs.* 8), de Manzius (*de testamento valido et invalido, tit.* 3, *quest.* 5), et de plusieurs autres interprètes, qui se fondent sur la loi 39, §. 1, D. *de legatis* 3°.

Mais cette opinion est une erreur manifeste. La forme des testamens est de droit public; pour peu qu'on s'en écarte, tout ce qu'on fait est nul. Il ne suffit pas pour donner effet à la volonté d'un testateur, qu'elle paraisse et soit constatée, il faut encore qu'elle soit revêtue des formalités que les lois ont prescrites; et jamais on ne peut suppléer à ces formalités par des équipollences arbitraires. Or, la loi 21, C *de testamentis*, veut expressément que le testateur, après avoir écrit ou fait écrire ses dispositions, déclare lui-même aux témoins que l'écrit qu'il leur présente, est son testament. Il faut donc qu'il fasse cette déclaration de sa propre bouche; autrement, son testament sera nul.

L'art. 9 de l'ordonnance de 1735 renouvelle la disposition de la loi 21, C. *de testamentis*; et une preuve sans réplique qu'elle doit être interprétée de la manière que nous le soutenons, c'est que l'art. 12 ajoute: « En cas que » le testateur ne puisse parler, mais qu'il » puisse écrire, il pourra faire un testament » mystique, à la charge que ledit testament » sera entièrement écrit, daté et signé de sa » main, qu'il le présentera au notaire ou » tabellion et aux autres témoins; et qu'au » haut de l'acte de suscription, il écrira en » leur présence, que le papier qu'il présente, » est son testament ».

Assurément, s'il est un cas où la déclaration prescrite par l'art. 9, semble pouvoir être faite d'après une interrogation et par un simple *oui*, c'est bien celui dont il est ici question: cependant le législateur en dispose autrement; il veut que, dans ce cas, la déclaration se fasse par écrit; et sans doute cela prouve bien que la Suggestion, considérée comme *interrogat*, annulle le testament mystique.

La loi 39, §. 1, D. *de legatis* 3°, ne favorise nullement l'opinion contraire; « car » (dit Furgole), dans l'espèce de cette loi, » il ne s'agit pas de la substance de la volonté » du testateur, comme dans notre cas; il est » question de l'explication d'une circonstance » que le testateur n'avait pas éclaircie; voilà » pourquoi la réponse sur l'interrogat d'autrui devait suffire pour lever le doute ».

On sent d'ailleurs que, si cette loi était vraiment contraire à la 21e, C. *de testamentis*, elle serait abrogée par l'ordonnance de 1735, qui a confirmé ponctuellement la disposition de celle-ci.

2° Il y a, par rapport au testament nuncupatif, la même diversité d'opinions que pour le testament mystique. Ceux-ci le regardent comme valable, ceux-là comme nul, lorsqu'il est fait sur l'interrogat d'autrui;

(1) Ricard, *Traité des donations*, part. 1, chap. 5, sect. 6; Lelet, sur la coutume de Poitou, art. 268.

et, ce qu'il y a de singulier, le parlement de Toulouse a adopté tantôt l'un, et tantôt l'autre sentiment. Les arrêts en sont rapportés par le président Maynard, liv. 5, chap. 6, et par Cambolas, liv. 5, chap. 5.

Il y a, dans le *Journal du Palais*, un arrêt du parlement de Paris, du 9 août 1683, qui juge en faveur de la première opinion. « Il a confirmé (dit l'additionnaire de Ricard) » un testament fait sur interrogatoire par » un particulier (de Lyon), qui ne pouvait » s'énoncer que par *oui* et par *non*, pour » avoir été attaqué d'apoplexie deux ans » auparavant; mais il s'était expliqué aux » notaires par signes et par des jetons, et il » avait mis entre leurs mains un premier » testament qu'il révoquait, avec un mé- » moire des parens qu'il voulait gratifier; et » même il avait déclaré depuis, devant le » sénéchal de Lyon, qu'il approuvait le tes- » tament ».

Mais cette décision est visiblement contraire à la loi 21, D. *qui testamenta facere possint;* à la loi 21, §. 2, C. *de testamentis*, et au §. dernier, Inst. *de testamentis ordinandis*, qui obligent le testateur de prononcer lui-même les noms de ses héritiers; et certainement elle ne serait plus suivie dans l'état actuel de la jurisprudence. L'art. 5 de l'ordonnance de 1735 porte : *Lorsque le testateur voudra faire un testament nuncupatif, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions en présence de sept témoins.* « Or » (dit Furgole), si le testateur doit pronon- » cer lui-même intelligiblement toutes ses » dispositions, il est clair qu'il ne suffit pas » qu'étant interrogé sur ses dispositions, il » réponde simplement oui; ou par quelque » autre parole qui démontre un consente- » ment ».

Ce serait en vain qu'on voudrait excepter les muets de cette règle, puisque l'art. 8 de l'ordonnance de 1735 déclare qu'ils ne peuvent faire de testamens nuncupatifs, et ne leur laisse d'autre forme pour tester que celle qui est prescrite par les art. 9 et 12, uniquement relatifs aux testamens mystiques.

3° Le testament par lequel un père dispose de sa succession entre ses enfans, ne serait pas moins nul qu'un autre, si les dispositions n'en étaient pas prononcées par le testateur. « L'ordonnance de 1735 (dit Furgole) ne l'a » pas dispensé de cette formalité; elle a seu- » lement réduit le nombre des témoins à » deux par l'art. 15, sans toucher aux autres » formalités requises dans les testamens en » faveur des personnes d'une autre qualité. » Elle exige aussi la même formalité dans » toutes les autres espèces de testamens dont » elle parle, comme le militaire, en temps » de peste et les autres, quoiqu'ils aient des » formalités particulières ».

4° Il faut dire la même chose à l'égard des legs et des fidéicommis contenus dans un testament.

Il est vrai qu'aux termes de la loi 22, C. *de fideicommissis*, ils peuvent être laissés par signes, *solo nutu*.

« Mais (dit Furgole) cela ne s'entend, selon Cujas, *consult.* 36, que des fidéicommis faits hors du testament; quand la loi devrait être entendue autrement, elle serait abrogée par la nouvelle ordonnance, dès qu'elle exige que le testateur prononce intelligiblement *toutes les dispositions* de son testament.

» Si cependant il ne s'agissait pas de la substance de la disposition, mais qu'il fût question seulement de quelque circonstance nécessaire pour expliquer la disposition, et omise par le testateur, il suffirait qu'étant interrogé pour expliquer cette circonstance, il répondît *oui*, ou par quelque autre terme qui dénotât son consentement, suivant la loi 39, §. 1, D. *de legatis* 3°; car c'est le véritable cas de cette loi, à laquelle l'ordonnance n'a pas dérogé à cet égard ».

5° Restent les codicilles.

« Nous croyons (dit encore Furgole) qu'ils sont valables en pays de droit écrit, quoique le codicillant ne les prononce pas lui-même, et qu'il ne fasse que répondre à l'interrogatoire d'autrui, pourvu que d'ailleurs il n'y ait point de fraude pratiquée, que le testateur connaisse ce qu'il fait, et qu'il articule bien ses réponses.

» La raison en est que ni le droit romain, ni l'ordonnance n'exigent cette formalité dans les codicilles.

» L'ordonnance ne parlant que des dispositions testamentaires, il n'y a donc pas lieu d'étendre sa décision aux codicilles, qui, selon les textes du droit (1), n'exigent aucune solennité ».

Ajoutons que d'ailleurs elle déclare elle-même, art. 14, qu'elle n'entend rien innover pour ces sortes d'actes : *la forme qui a eu lieu jusqu'à présent à l'égard des codicilles, continuera d'être observée.*

[[Le Code civil ne distingue plus les codicilles des testamens; il appelle testament toutes les dispositions de dernière volonté, et il rend communs à toute la France, en les adoptant, les articles de l'ordonnance de 1735,

(1) §. dernier, Inst. *de codicillis;* Cambolas, liv. 3, chap. 12; Cujas consult. 36.

concernant les testamens nuncupatifs et mystiques desquels résulte la nullité de toute disposition qui a été rédigée sur un simple interrogatoire.]]

IV. Lorsqu'on veut prouver contre la teneur d'un testament, qu'il a été rédigé d'après un interrogatoire suivi de simples *oui* ou *non*, il faut nécessairement prendre la voie d'inscription de faux.

V. les articles *Démence*, *Interdiction*, *Preuve*, *Révocation de testament*, *Testament*, etc.

* SUICIDE. C'est l'action de celui qui se tue lui-même.

Chez les Romains, l'action de celui qui s'ôtait la vie, pour un simple dégoût occasionné par quelque événement fâcheux, était regardée comme un trait de philosophie; c'est pourquoi il n'était sujet à aucune peine, et ses héritiers lui succédaient.

Mais il en était autrement lorsque le suicide était commis à la suite d'un autre crime par l'effet du remords ou par la crainte des peines, et que ce crime était poursuivi et de nature à mériter le dernier supplice ou la déportation; en ce cas, on confisquait les biens du coupable.

Suivant les établissemens de Saint Louis, de l'année 1270, la confiscation des meubles doit avoir lieu contre ceux qui se sont homicidés eux-mêmes. En voici les termes : *Si il advenait que aucuns hons se pendit, ou noyât, ou s'occit en aucune manière, li meubles seraient au baron, et aussi ceux de la femme.*

L'art. 586 de l'ancienne coutume de Bretagne et l'art. 531 de la nouvelle portent que, *si aucun se tue à son escient, il doit être pendu et traîné comme meurtrier.*

Aujourd'hui, on condamne les cadavres de ceux qui se sont homicidés eux-mêmes, à être traînés sur une claie, la face contre terre, et ensuite à être pendus par les pieds; et on les prive de la sépulture.

Mais il faut observer qu'on ne punit que ceux qui se tuent de sang-froid et avec un usage entier de la raison, et par la crainte du supplice. Ainsi, on ne prononce aucune peine contre ceux qui se tuent étant en démence, ou même qui sont sujets à des égaremens d'esprit.

Bretonnier, dans ses *Observations sur Henrys*, dit qu'au parlement de Toulouse, on suit la distinction portée par le droit romain, qui distinguait ceux qui se tuaient dans la crainte du supplice dû à leur crime, d'avec ceux qui se donnaient la mort par impatience ou par ennui de la vie, ou par excès de fureur et de folie; et il ajoute que la loi punit les premiers, mais qu'elle excuse les autres. (M. Guyot). *

[[Le Code pénal du 25 septembre 1791 a abrogé, par la disposition générale qui le termine, toutes les lois de l'ancien régime qui punissaient le Suicide, et le Code pénal de 1810 ne les a pas rétablies. *V.* l'article *Cadavre*.]]

* SUISSES. Peuples qui habitent la Suisse. Ils se nommaient anciennement Helvétiens; et c'est de là que, dans les traités qu'ils font avec la France, on les voit qualifiés de *corps helvétique*.

I. Les Suisses qui sont en France au service de l'État, ont des juridictions particulières, composées de juges de leur nation.

II. Le roi ayant été informé qu'en vertu de certaines lois ou usages observés dans différens États du corps helvétique, et particulièrement dans le canton de Schaffhouse, on faisait, en cas de faillite ou de déconfiture, une différence entre les créanciers français et ceux qui étaient originaires de ces États, de manière que, soit dans les instances d'ordre, soit dans celles de préférence, ceux-là n'étaient admis à faire valoir leurs droits qu'après que ceux-ci avaient été entièrement satisfaits; sa majesté a considéré qu'une telle préférence nationale était d'autant plus préjudiciable à ses sujets, que, d'une part, les liaisons de commerce infiniment multipliées entre la France et le corps helvétique, exposaient fréquemment à éprouver les fâcheux effets de cette préférence; et que, d'une autre part, les sujets des cantons Suisses et de leurs co-alliés en général avaient toujours joui, en cas de faillite arrivée dans le royaume, des mêmes droits que les régnicoles : sa majesté a pareillement considéré que cette disparité était directement contraire aux règles de la réciprocité stipulée par la paix perpétuelle de 1516, confirmée par le traité d'alliance générale du 28 mai 1777; et qu'il était de sa justice d'introduire dans ses États, en faveur de ses peuples, relativement aux sujets des cantons Suisses, les maximes qu'on suivait dans ces cantons à l'égard des Français : en conséquence, elle a donné le 20 juin 1784, une déclaration que la cour des aides de Paris a enregistrée le 15 septembre de la même année, et qui contient les dispositions suivantes :

« Art. 1. Dans tous les cas de déconfiture ou faillite arrivant en France, les citoyens,

bourgeois et sujets du canton de Schaffhouse ne pourront plus venir à contribution ni être payés de leurs créances par concurrence avec nos sujets; mais ils seront renvoyés, pour leur paiement, après le remboursement entier et parfait de ces deniers.

» 2. Pareillement, dans les instances d'ordre, lesdits citoyens, bourgeois et sujets du canton de Schaffhouse, nonobstant la priorité ou le privilége de leurs hypothèques, quels que puissent être leurs droits, la nature de leurs créances et les titres dont ils seront porteurs, ne pourront être colloqués qu'au dernier rang après tous nos sujets.

» 3. Les citoyens, bourgeois et sujets des autres États helvétiques et de leurs co-alliés qui seront intéressés dans quelque faillite arrivée dans notre royaume, ne pourront plus venir à contribution ni être colloqués au rang de leurs créances par concurrence avec nos sujets, qu'en rapportant à nos cours de justice un certificat en bonne forme de leur souverain, portant que, dans l'État helvétique dont ils dépendent, nos sujets sont traités, pour les mêmes cas, à l'égard des propres citoyens, bourgeois et sujets dudit État, sans aucune sorte de distinction ni de préférence; lequel certificat servira de base à la réciprocité que nous voulons être exactement observée à cet égard.

» 4. Si, dans la vue de dispenser leurs sujets de l'obligation d'apporter, pour chaque cas qui se présentera, le certificat mentionné dans l'article précédent, les différens États du corps helvétique jugent à propos de nous faire connaître, par une déclaration en forme, la jurisprudence qu'ils se proposent d'observer relativement à la discussion et au jugement des affaires d'intérêt que nos sujets auront à porter devant leurs tribunaux, cette déclaration, que nous ferons revêtir de nos lettres-patentes enregistrées dans nos cours, affranchira de la formalité du certificat particulier les sujets de l'État qui l'aura donnée, et servira de règle pour les jugemens qui seront rendus dans notre royaume relativement à la liquidation de leurs créances. (M. Guyot.) *

[[III. Ces dispositions sont devenues sans objet par les stipulations que contiennent l'art. 12 du traité du 2 fructidor an 6 (19 août 1798), et l'art. 16 de celui du 4 vendémiaire an 12 (27 septembre 1803).

Ce dernier traité qui, dans celles de ses dispositions que le gouvernement a rendues publiques, ne fait presque que renouveler le précédent, est, en cette partie, ainsi conçu :

« Art. 9. Le gouvernement français accordera l'extraction de ses salines pour tous les sels dont la Suisse aura besoin. Cette extraction et le transport continueront à être exempts de toute espèce d'impôts. De son côté, la Suisse s'engage à prendre tous les ans deux cent mille quintaux de sels de France. Les prix et les conditions de livraison, ainsi que le mode de paiement, seront fixés de gré à gré entre les cantons et la régie des sels; mais ces prix ne pourront jamais être plus forts pour la Suisse que pour les Français eux-mêmes.

» 10. De même, il sera accordé, depuis le 12 prairial jusqu'au 24 brumaire de chaque année (du 1er juin au 15 novembre), à tous les habitans Suisses des cantons limitrophes de la France, la libre importation des denrées provenant des biens-fonds dont ils seraient propriétaires sur le territoire de la république française, à une lieue des frontières respectives; et réciproquement en faveur des Français qui auraient des propriétés foncières en Suisse. L'exportation et l'importation de ces denrées territoriales seront libres et exemptes de tous droits, lorsque les propriétaires respectifs auront rempli les formalités exigées par les autorités compétentes des deux puissances.

» 12. Les citoyens des deux républiques seront respectivement traités, sous le rapport du commerce et des droits d'importation, d'exportation et de transit, sur le même pied que ceux des nations les plus favorisées; et il sera fait, dans le plus court délai possible, un réglement commercial qui sera ajouté au présent traité, en forme d'article supplémentaire. Il ne pourra être exigé des Français qui formeront un établissement en Suisse, ou qui voudraient y exercer un genre d'industrie que la loi permet aux nationaux, aucun droit ou condition pécuniaire plus onéreux qu'on ne l'exige pour l'établissement des nationaux eux-mêmes. Ils pourront aller et venir en Suisse, munis de passeports en forme, et s'y établir, après avoir produit à la légation française en Suisse, des certificats de bonne conduite et mœurs, ainsi que les autres attestations nécessaires pour obtenir d'être immatriculés. On suivra, à l'égard de leurs personnes et de leurs propriétés, les mêmes lois et usages qu'envers les nationaux. Les Suisses jouiront en France des mêmes avantages.

» 13. Dans les affaires litigieuses, personnelles ou de commerce, qui ne pourront se terminer à l'amiable ou sans la voie des tribunaux, le demandeur sera obligé de pour-

suivre son action directement devant les juges naturels du défendeur, à moins que les parties ne soient présentes dans le lieu même où le contrat a été stipulé, ou qu'elles ne fussent convenues des juges par-devant lesquels elles se seraient engagées à discuter leurs difficultés. Dans les affaires litigieuses ayant pour objet des propriétés foncières, l'action sera suivie par-devant le tribunal ou magistrat du lieu où ladite propriété est située. Les contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Français mort en Suisse, à raison de sa succession, seront portées devant le juge du domicile que le Français avait en France. Il en sera usé de même à l'égard des contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Suisse mort en France.

» 14. Il ne sera exigé des Français qui auraient à poursuivre une action en Suisse, et des Suisses qui auraient une action à poursuivre en France, aucun droit, caution ou dépôt auquel ne seraient pas soumis les nationaux eux-mêmes, conformément aux lois de chaque endroit.

» 15. Les jugemens définitifs en matière civile, ayant force de chose jugée, rendus par les tribunaux français, seront exécutoires en Suisse, et réciproquement, après qu'ils auront été légalisés par les envoyés respectifs, ou, à leur défaut, par les autorités compétentes de chaque pays.

» 16. En cas de faillite ou de banqueroute de la part de Français possédant des biens en France, s'il y a des créanciers suisses et des créanciers français, les créanciers suisses qui se seraient conformés aux lois françaises pour la sûreté de leur hypothèque, seront payés sur lesdits biens comme les créanciers hypothécaires français, suivant l'ordre de leur hypothèque; et réciproquement, si des Suisses possédant des biens dans la république helvétique, se trouvaient avoir des créanciers français et des créanciers Suisses, les créanciers français qui se seraient conformés aux lois Suisses pour la sûreté de leur hypothèque en Suisse, seront colloqués sans distinction avec les créanciers Suisses, suivant l'ordre de leur hypothèque.

» Quant aux simples créanciers, ils seront aussi traités également, sans considérer à laquelle des deux républiques ils appartiennent, mais toujours conformément aux lois de chaque pays.

» 17. Dans toutes les procédures criminelles pour délits graves, dont l'instruction se fera, soit devant les tribunaux français, soit devant ceux de Suisse, les témoins Suisses qui seront cités à comparaître en personne en France, et les témoins français qui seront cités à comparaître en personne en Suisse, seront tenus de se transporter près le tribunal qui les aura appelés, sous les peines déterminées par les lois respectives des deux nations.

» Les deux gouvernemens accorderont, dans ce cas, aux témoins les passeports nécessaires, et ils se concerteront pour fixer l'indemnité et l'avance préalable qui seront dues à raison de la distance et du séjour; mais si le témoin se trouvait complice, il sera renvoyé par-devant son juge naturel, aux frais du gouvernement qui l'aurait appelé.

» 18. Si les individus qui seraient déclarés juridiquement coupables de crimes d'État, assassinats, empoisonnemens, incendies, faux sur des actes publics, fabrication de fausse monnaie, vols avec violence ou effraction, ou qui seraient poursuivis comme tels en vertu des mandats décernés par l'autorité légale, se réfugiaient d'un pays dans l'autre, leur extradition sera accordée à la première réquisition. Les choses volées dans l'un des deux pays et déposées dans l'autre, seront fidèlement restituées; et chaque État supportera, jusqu'aux frontières de son territoire, les frais d'extradition et de transport.

» Dans les cas de délits moins graves, mais qui peuvent emporter peine afflictive, chacun des deux États s'engage, indépendamment des restitutions à opérer, à punir lui-même le délinquant; et la sentence sera communiquée à la légation française en Suisse, si c'est un citoyen français, et respectivement à l'envoyé helvétique à Paris, ou, à son défaut, au landamman de la Suisse, si la punition pesait sur un citoyen Suisse.

» 19. Pour prévenir les délits de contrebande et la dégradation des forêts voisines des frontières, les administrations des douanes et les agences forestières qui seront organisées dans les cantons Suisses limitrophes, se concerteront avec celles de France, et conviendront, sous l'autorisation de leurs gouvernemens respectifs, des mesures à prendre pour unir leurs moyens de surveillance et pour se soutenir réciproquement ».]]

* SUPPOSITION DE PART. Sorte de crime de faux.

[Il consiste à faire passer quelqu'un pour fils de personnes à qui il ne doit pas le jour.

Nous parlerons, 1° des différentes manières dant se commet ce crime;

2° De ceux par qui la preuve et la vengeance peuvent en être poursuivies, et des

moyens qu'on peut employer, soit pour appuyer, soit pour détruire une accusation de cette nature;

3° Des peines auxquelles doivent être condamnés ceux qui sont convaincus d'un pareil crime.

§. I. *Des différentes manières dont se commet la Supposition de part.*]

Ce crime a lieu, 1° quand une femme qui a feint une grossesse, donne pour enfant de son mari, l'enfant d'une autre femme;

2° Quand une femme substitue un enfant quelconque à celui dont elle est accouchée;

3° Quand un père et une mère qui n'ont point d'enfant, en adoptent un auquel ils prétendent avoir donné naissance;

4° Quand des étrangers donnent à un père et à une mère, un autre enfant que celui qui est issu de leur mariage.

[5° Quand un mari fait baptiser, comme né de sa femme, un enfant qu'il a eu d'une concubine.

§. II. *De ceux qui ont qualité pour poursuivre la Supposition de part, et des moyens qu'on peut employer, soit pour appuyer, soit pour détruire une accusation de cette nature.*]

I. L'action en Supposition de part ne peut être intentée que par les parens qui y ont intérêt. C'est ce que décide la loi 30, §. 1. D. *de lege Cornelia de falsis : De partu supposito*, dit cette loi, *soli accusant parentes, aut hi ad quos ea res pertineat; non quilibet ex populo ut publicam accusationem intendat.*

Quand le mari et la femme sont vivans, leurs héritiers présomptifs ne peuvent pas intenter cette action. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé en faveur de Gabriel Gibond, par un arrêt qui est rapporté au *Journal des Audiences*, sous la date du 16 juin 1639, et dans le recueil de Soëfve, sous celle du 18 juin 1648.

[[II. Aujourd'hui, on distingue entre l'action criminelle et l'action civile.

L'action civile appartient, comme dans l'ancien droit, à tous ceux qui y ont un intérêt actuel.

Mais l'action criminelle appartient essentiellement au ministère public (*V.* l'article *Action publique, Action privée*).

Remarquez cependant que, suivant la jurisprudence de la cour de cassation, l'action criminelle ne peut, en cette matière, être intentée, même par le ministère public, qu'après le jugement de l'action civile. C'est ce qu'ont jugé, contre mes conclusions, plusieurs arrêts cités aux mots *Question d'état*, n° 1. En voici cinq plus récens qui décident la même chose. (Nous tirons les deux premiers du *Bulletin criminel* de cette cour).

« Jean Deyres, dit Pouricq, était prévenu d'un faux ayant pour objet une suppression d'état sur laquelle il n'y avait encore eu ni jugement, ni même réclamation devant les tribunaux civils. Dans cet état, le prévenu fut poursuivi devant la cour de justice criminelle spéciale du département des Landes, qui se déclara compétente, par arrêt du 6 septembre 1808, pour connaître dudit faux. Cet arrêt étant contraire aux dispositions de l'art. 327 du Code civil, a été annulé (le 22 décembre 1808), par l'arrêt suivant :

» Ouï le rapport de M. Busschop.....;

» Vu les art. 326 et 327 du Code civil;

» Vu aussi l'art. 456, §. 6, du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4;

» Considérant que le fait imputé au prévenu Jean Deyres, dit Pouricq, d'avoir fait inscrire sur les registres de l'état civil, comme provenu de lui et de sa légitime épouse, un enfant qu'il savait provenir de son commerce avec une autre femme, constitue un faux caractérisé, qui a pour objet et pour résultat d'établir une filiation autre que celle de la loi et de la nature, conséquemment une suppression d'état;

» Qu'il résulte de la vérification faite en exécution de l'arrêt interlocutoire de la cour, du 7 octobre dernier, rendu dans cette affaire, que, jusqu'à présent, il n'a été rendu, par les tribunaux civils, aucun jugement quelconque sur la question d'état à laquelle peut donner lieu ledit faux, et que même il n'a été fait aucune réclamation civile à cet égard;

» Que, dans ces circonstances, et aux termes de l'art. 327 du Code civil précité, la cour de justice criminelle spéciale du département des Landes n'a pu être saisie de la connaissance dudit faux; et qu'en se déclarant compétente, dans l'état, pour en connaître, elle a violé les dispositions dudit article, et interverti l'ordre des juridictions qui y est établi;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ».

« François-Marin Derozier fut accusé de faux en écriture publique, pour avoir présenté à l'officier de l'état civil de la ville de Verdun, un enfant qu'il avait déclaré être de lui et de Marie Abot, sa femme alors décédée,

tandis qu'il provenait de Marie-Jeanne Tranchart, femme de Lorin Jouard, laquelle voyageait avec ledit Derozier. Il est à remarquer que ce dernier avait signé sa déclaration. Après l'instruction faite par le magistrat de sûreté de l'arrondissement de Verdun, l'affaire fut renvoyée à la cour de justice criminelle spéciale de la Meuse, qui se déclara compétente pour connaître de ce faux, en conformité des art. 2 et 5 de la loi du 23 floréal an 10. Mais le faux ne pouvait pas être poursuivi, sans qu'il eût été prononcé par les tribunaux civils, sur la question d'état de l'enfant dont il s'agit. Par ce motif, la cour a rendu (le 9 février 1810), l'arrêt suivant:

» Ouï le rapport de M. Favard de Langlade....;

» Considérant qu'il résulte des art. 326 et 327 du Code civil que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne peut avoir lieu qu'après que les tribunaux civils ont statué sur l'état de l'enfant;

» Que, dans l'espèce, le faux imputé à François-Marin Derozier, a eu pour objet de donner à l'enfant de la femme de Louis Jouard, une filiation et une légitimité qui ne lui appartenaient pas; qu'ainsi, le résultat du faux était une suppression d'état;

» Que la cour criminelle spéciale du département de la Meuse aurait dû, dès-lors, surseoir à toutes poursuites sur ce faux, jusqu'à ce qu'il eût été prononcé par un tribunal civil compétent, sur la question d'état de l'enfant dont il s'agit; qu'ainsi cette cour est contrevenue aux art. 326 et 327 du Code civil, en se déclarant, dès-à-présent, compétente pour instruire sur la plainte rendue contre Derozier;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ».]]

Le 14 juillet 1812, le ministère public expose à la chambre d'accusation de la cour d'appel de la Haye, que d'une procédure instruite à la requête de l'officier du ministère public près le tribunal de première instance d'Amsterdam, il paraît résulter que le sieur Antony de Loos étant mort sans enfans en 1811, Maria-Wilhelmina Bogaart, sa veuve, déclara, quelque temps après, qu'elle était enceinte, et fit nommer un curateur au ventre; que cependant elle n'avait aucun symptôme de grossesse, et que son but, en agissant ainsi, était de supposer un faux accouchement, afin de transporter la succession de son mari dans des mains étrangères; qu'elle avait réalisé ce projet à l'aide d'une sage-femme, nommée Anna-Sophia Goorbaud; qu'en conséquence, l'enfant d'une fille de joie avait été présenté à l'officier de l'état civil, et inscrit sur les registres des naissances, mariages et décès de la ville d'Amsterdam, comme né du mariage d'Antony de Loos et de Maria-Wilhelmina Bogaart; que le crime ayant été découvert, des poursuites ont été faites tant contre la veuve d'Antony de Loos, que contre la sage-femme; mais qu'elles n'ont pas été poussées assez loin; qu'elles auraient dû être dirigées également contre plusieurs particuliers connus pour avoir coopéré tant à la Supposition de part qu'au faux commis dans les registres publics.

D'après cet exposé, le ministère public requiert que les pièces de la procédure soient remises à un rapporteur pour instruire ultérieurement.

Par arrêt du même jour,

« Considérant qu'aux termes des art. 326 et 327 du Code civil, les tribunaux civils sont seuls compétens pour statuer sur les réclamations d'état, et que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état;

» Que, dans l'espèce, il n'est intervenu, sur l'état de l'enfant dont, conformément à l'extrait du registre aux naissances de l'état civil de la commune d'Amsterdam, la veuve de Loos serait accouchée le 14 septembre 1811, aucun jugement définitif d'un tribunal civil; que même, jusqu'à présent, il n'y a aucune procédure civile entamée sur ce point; que, quoique l'action criminelle qui est entamée présentement contre la prévenue, et qui d'après le réquisitoire du procureur-général devrait l'être également contre la veuve de Loos, est dirigée de manière à ce qu'elle ne regarde pas directement le crime de Suppression d'état, toutefois elle regarde des faits qui devaient servir à préparer une suppression d'état et à la faire réussir, et qui, par conséquent, sont inséparablement liés avec ce crime, et en font pour ainsi dire partie;

» Qu'ainsi, cette action doit être considérée comme prématurée, et qu'en conséquence l'affaire ne saurait donner lieu, quant à présent, à une instruction ultérieure;

» La cour déclare qu'il n'y a pas lieu à déférer au réquisitoire du procureur-général; annulle les poursuites criminelles faites sur la plainte portée contre la prévenue Anna-Sophia Goorbaud, pour cause susdite, et notamment le mandat d'arrêt décerné le 23 janvier 1812, par le juge d'instruction près ledit tribunal, et ordonne qu'elle sera mise en liberté; le ministère public entier, lorsqu'il aura été

statué définitivement par le tribunal civil sur l'état de l'enfant susdit, d'intenter, s'il y a lieu, telle action criminelle, tant contre la prévenue que contre la veuve de Loos, que de conseil ».

Le ministère public se pourvoit en cassation, mais par arrêt du 21 août suivant, au rapport de M. Rataud,

« Attendu qu'en jugeant que, dans l'espèce, les faits de Supposition d'enfant et de fausse déclaration sur le registre de l'état civil, dont a été prévenue la nommée Anna-Sophia Goorbaud, se liaient nécessairement à un fait de suppression d'état, et qu'ainsi, il ne pouvait y avoir lieu à poursuites criminelles, jusqu'à ce qu'il eût été statué sur la question d'état par les tribunaux civils, la cour d'appel de la Haye s'est conformée aux dispositions des art. 326 et 327 du Code civil;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

Le 3 décembre 1812, Gabriel Mangis, marié depuis le 11 février 1807, avec Catherine Gally, présente à l'officier de l'état civil de Confolens, en présence de deux témoins, un enfant qu'il déclare être né la veille de Catherine Gally, son épouse.

Peu de temps après, Catherine Gally comparaît devant le maire de Confolens, et lui déclare que, délaissée depuis plusieurs années par son mari, elle n'est point mère de l'enfant que celui-ci vient de faire inscrire sous son nom dans les registres de l'état civil, mais que cet enfant est né d'un commerce adultérin que son mari entretient avec la nommée Catherine Larhue.

Le maire de Confolens fait sur-le-champ arrêter Gabriel Mangis, et l'interroge en présence de sa femme.

Gabriel Mangis fait l'aveu de son crime.

Le 5 janvier 1813, arrêt de la cour d'appel de Bordeaux qui le met en accusation, et le renvoie devant la cour d'assises du département de la Charente, pour y être jugé comme prévenu du crime de Supposition de part.

Par arrêt du 9 février suivant, la cour d'assises, vu les art. 326 et 327 du Code civil, et attendu que Catherine Gally n'a fait aucune poursuite au civil pour faire déclarer que l'enfant dont il s'agit, ne lui appartient pas; qu'elle ne s'est pas portée partie civile dans le procès actuel, et qu'il n'est encore intervenu aucun jugement civil, qui ait déclaré adultérin l'enfant qu'elle désavoue; « déclare » qu'il n'y a lieu de poursuivre, quant à pré» sent; et ordonne que Gabriel Mangis sera » mis en liberté ».

Recours en cassation de la part du procureur criminel.

Par arrêt du 21 mai 1813, au rapport de M Oudard,

« Considérant que l'arrêt rendu par la chambre d'accusation de la cour d'appel de Bordeaux, a reçu son exécution par la transmission de l'accusé et du procès à la cour d'assises, et n'a pu imposer à cette cour ainsi saisie, d'autre obligation que de prendre connaissance du procès et de statuer selon les règles établies par les lois;

» Que Gabriel Mangis était accusé d'avoir fait inscrire sur les registres de l'état civil, comme provenu de lui et de sa légitime épouse, un enfant qu'il savait provenir de son commerce avec une autre femme;

» Que ce fait constitue le crime de faux et de Supposition d'enfant, en ce qu'il a pour objet et pour résultat d'établir une filiation autre que celle de la loi et de la nature;

» Qu'il a été reconnu constant par la cour d'assises que, jusqu'à présent, il n'a été rendu par les tribunaux civils aucun jugement quelconque sur la question d'état à laquelle ce fait peut donner lieu;

» Que, dans ces circonstances, et aux termes de l'art. 327 du Code civil, la cour d'assises n'a pu statuer sur l'accusation; et qu'en déclarant qu'il n'y a lieu de poursuivre, quant à présent, et en ordonnant que Gabriel Mangis serait mis en liberté, la cour d'assises a fait une juste application dudit art. 327, et n'a point méconnu les règles de la généralité de sa juridiction;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi ».

Dans l'intervalle du premier de ces deux derniers arrêts à l'autre, il en avait été rendu un qui, par l'application qu'il fait de cette jurisprudence, démontre peut-être la nécessité de la réformer. Voici comment il est conçu:

« Le procureur général expose qu'il est chargé par le gouvernement de requérir de la cour l'exercice du pouvoir qui lui est attribué par les art. 481 et 482 du Code d'instruction criminelle.

» Le premier de ces articles porte que, *si un membre de cour d'appel..... est prévenu d'avoir commis un crime ou un délit lors de ses fonctions, l'officier qui aura reçu la dénonciation ou la plainte, sera tenu d'en envoyer de suite des copies au grand-juge ministre de la justice, sans aucun retard de l'instruction qui sera continuée comme il est précédemment réglé; et il adressera pareillement au grand-juge une copie des pièces.*

» L'art. 482 ajoute : *le grand-juge transmettra les pièces à la cour de cassation, qui renverra l'affaire*, s'il y a lieu, *soit à un tribunal de police correctionnelle, soit à un juge d'instruction, pris l'un et l'autre hors du ressort de la cour à laquelle appartient le membre inculpé. S'il s'agit de provoquer la mise en accusation, le renvoi sera fait à une autre cour d'appel.*

» Dans le fait, il s'agit d'une dénonciation qui a été faite le 4 janvier dernier, au juge d'instruction du tribunal de première instance de....., par le sieur....., contre M...., son frère, ci-devant conseiller à la cour des aides de....., et actuellement conseiller à la cour d'appel de.....

» Par cette dénonciation, M..... est inculpé d'avoir, par des procédés chimiques, fait disparaître des registres de l'état civil de la commune de....., département de....., et même des doubles de ces registres qui sont déposés aux archives de la préfecture de ce département, trois actes de l'état civil qui y avaient été légalement inscrits, sous les dates des 30 floréal an 3, 28 messidor de la même année, et 3 floréal an 4, et d'y avoir substitué, 1° sous la date du 30 floréal an 3, un faux acte de mariage entre lui et la nommée E.... M...., que l'on prétend n'avoir jamais existé; 2° sous la date du 28 messidor de la même année, un faux acte de naissance de....., sa fille, énoncée dans cet acte comme née à....., de ce prétendu mariage, mais réellement née à....., le 12 mai 1782, d'un commerce adultérin qu'il entretenait alors avec une femme mariée; 3° sous la date du 3 floréal an 4, un faux acte de décès de la même E.... M....

» Cette dénonciation impute, comme on le voit, à M....., deux grands crimes : un crime de faux en écritures authentiques, prévu et puni des travaux forcés à temps, par l'art. 147 du Code pénal; et un crime de suppression d'actes originaux de l'autorité publique, prévu et puni par l'art. 439 du même code.

» Mais M..... peut-il être, *quant à présent*, poursuivi comme prévenu de ces deux crimes?

» Et d'abord, peut-il l'être comme prévenu d'un crime de faux qui, s'il avait été commis, aurait eu pour but et pour résultat de supprimer, dans la personne de sa fille, l'état de bâtarde adultérine, et d'y substituer l'état de fille légitime?

» Cette question se réduit, en d'autres termes, à celle-ci : l'art. 327 du Code civil, en disant que *l'action criminelle contre un délit de Suppression d'état, ne peut commencer qu'après le jugement définitif* (des tribunaux civils) *sur la question d'état*, n'entend-il par *l'action criminelle* que la plainte de la partie privée, tendante à poursuivre le crime de suppression ou de Supposition d'état, devant le juge criminel, et laisse-t-il au ministère public la faculté de poursuivre ce crime d'office, lorsqu'il n'y a pas encore de contestation liée ou apparente, dans les tribunaux civils, sur l'état prétendu supprimé ou supposé?

» L'exposant a soutenu l'affirmative à l'audience de la section criminelle, du 20 prairial an 12; et aux raisons inexpugnables, à ses yeux, dont il l'a étayée alors, se joint encore une considération qui lui paraît sans réplique : c'est que de l'opinion contraire résulterait *nécessairement* l'impunité de quiconque, ayant un enfant adultérin qu'il voudrait faire passer pour légitime, ferait ce que M..... est prévenu d'avoir fait, dans l'espèce dont il s'agit en ce moment.

» En effet, s'il est vrai que M..... ait fabriqué le faux acte de mariage, le faux acte de naissance et le faux acte de décès qui lui sont imputés, il est impossible que, de son vivant, ces crimes soient constatés par la voie civile.

» Ils ne pourraient l'être que d'après une action civile qui serait dirigée contre sa fille, pour la faire déclarer bâtarde adultérine.

» Mais cette action civile, qui est-ce qui l'intentera?

» Ce ne sera certainement point M.....

» Ce ne sera pas la famille de sa prétendue femme; car s'il en faut croire la dénonciation, sa prétendue femme n'a jamais existé.

» Ce ne sera pas non plus la famille de M.... lui-même; car, tant que vivra M....., ni ses parens collatéraux ni sa fille n'auront aucun droit à réclamer sur ses biens. Ses parens collatéraux n'auront donc jamais, tant qu'il vivra, un intérêt formé et présent à contester l'état de sa fille; ils n'auront donc jamais qualité pour le lui contester; ils n'y seront donc jamais recevables. Ce ne sera donc qu'après sa mort qu'ils pourront être admis à faire juger que sa fille, au lieu d'être, comme l'annonce son prétendu acte de naissance, le fruit d'un mariage légitime, n'est que le fruit d'un commerce adultérin. Or, une fois M..... mort, son crime sera éteint, et la vindicte publique sera désarmée.

» Une opinion qui conduit inévitablement à une pareille conséquence, ne peut pas, suivant l'exposant, être conforme au véritable esprit de l'art. 327 du Code civil.

» Cependant elle a été consacrée par un

grand nombre d'arrêts de la section criminelle, jusques-là même que, le 21 août 1812, la section criminelle a maintenu un arrêt de la cour d'appel de la Haye, qui avait jugé que les auteurs et les complices d'une Supposition de part ne pouvaient pas être poursuivis criminellement par le ministère public, tant que les parties intéressées à faire déclarer que l'enfant prétendu supposé leur était étranger, ne l'auraient pas fait juger par les tribunaux civils.

» Obligé de respecter une jurisprudence aussi constante, l'exposant doit renoncer à faire poursuivre M....., comme prévenu d'avoir fabriqué ou fait fabriquer de faux actes de mariage, de naissance et de décès, à l'effet de revêtir une fille adultérine des apparences de la légitimité.

» Mais M..... ne peut-il pas, dès-à-présent, être poursuivi comme prévenu d'avoir supprimé, par des procédés chimiques, les trois actes de l'état civil auxquels la dénonciation portée contre lui l'accuse d'avoir substitué de faux actes de naissance, de mariage et de décès?

» Il ne le pourrait pas sans doute, d'après la jurisprudence dont l'exposant vient de rendre compte, si les trois actes prétendus détruits, étaient tous des actes de naissance. Car, dans cette hypothèse, il faudrait, avant tout, qu'il fût jugé, par les tribunaux civils, que l'état des enfans compris dans ces actes de naissance, a été supprimé.

» Mais il en serait autrement, si ces trois actes n'étaient pas des actes de naissance, et s'ils étaient tous des actes de mariage, de décès ou de divorce, ou si seulement parmi ces trois actes, il y en avait un qui eût été dressé pour constater, soit un divorce, soit un mariage, soit un décès.

» En effet, l'art. 327 du Code civil ne parle des questions d'état, que sous le rapport de la filiation; placé sous la rubrique *des preuves de la filiation des enfans légitimes*, il s'y réfère uniquement, et jamais on n'a prétendu en conclure que les juges criminels aient les mains liées pour poursuivre des crimes commis relativement à des actes de mariage, à des actes de décès, à des actes de divorce, tant que ces crimes n'ont pas été constatés par la voie civile.

» Ainsi, nul doute que, si les actes dont la suppression est imputée à M....., ne sont pas tous des actes de naissance, M..... ne puisse être, dès-à-présent, poursuivi criminellement, comme prévenu de cette suppression.

» Nul doute, par conséquent, qu'il n'y ait lieu d'instruire sur cette suppression, sauf à surseoir, si, par le résultat de l'instruction, il paraît que ce sont trois actes de naissance qui ont été supprimés.

» L'exposant ne doit pas dissimuler à la cour que M....., informé de la dénonciation portée contre lui, a cru devoir, pour la faire tomber, adresser au grand-juge ministre de la justice, un certificat du 15 février dernier, ci-joint, par lequel le maire de..... atteste qu'il *n'est point venu à sa connaissance que personne se plaigne qu'il manque aucun acte de naissance, de mariage et de décès de cette commune, pour les ans 3 et 4.*

» Mais il est sensible que ce certificat ne peut pas empêcher l'instruction que provoquent contre M..... les faits dont il est prévenu. De ce que personne ne se plaint de la suppression des actes qu'il est prévenu d'avoir supprimés, il ne s'ensuit nullement qu'il ne les a pas supprimés en effet. Il est possible que jusqu'à présent personne n'ait eu besoin de lever des expéditions de ces actes. Il est possible, par conséquent, que la suppression de ces actes n'ait encore été aperçue par personne.

» L'exposant fait des vœux pour que la dénonciation portée contre M..... ne soit qu'une calomnie; et il se plaît à croire qu'elle n'est pas autre chose. Mais la rigueur de son ministère lui impose le devoir de requérir une instruction propre à mettre légalement la vérité dans tout son jour.

» Et sans doute la cour pensera que cette instruction ne pouvant être faite avec trop d'impartialité, il importe de ne la déléguer, ni à un juge du ressort de la cour d'appel de..... (ce que défend d'ailleurs l'art. 482 du Code d'instruction criminelle), ni à un juge du ressort de la cour d'appel de....., où M..... est né, où il a exercé des fonctions supérieures, où par conséquent il a dû conserver beaucoup d'habitudes et de relations.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu les art. 481 et 482 du Code d'instruction criminelle, renvoyer la dénonciation portée au juge d'instruction du tribunal de..., le 4 janvier dernier, par....., contre....., devant un juge d'instruction pris hors des ressorts des cours d'appel de.... et de....., pour être par lui procédé et instruit, ainsi qu'il appartiendra, et conformément à la loi, sur les faits de suppression de trois actes de l'état civil, dans les registres de l'état civil de la commune de....., mentionnés en ladite dénonciation, sans préjudice des poursuites qu'il pourrait y avoir lieu, ci-après et le cas échéant, d'exercer contre ledit..., sur l'imputation à lui faite par la même dénonciation, d'avoir substitué,

dans les mêmes registres, trois faux actes de mariage, de naissance et de décès, aux trois actes prétendus supprimés.

» Fait au parquet, le 20 mars 1813. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Lasagni, conseiller à la cour....

» La cour, vidant le délibéré prononcé en l'audience du 25 de ce mois;

» Vu l'art. 326 du Code civil, portant: *les tribunaux civils seront seuls compétens pour statuer sur les réclamations d'état;*

» Vu l'art. 327 du même Code, portant: *l'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état;*

» Attendu que les mots *action criminelle* s'appliquent d'une manière principale et spéciale à la partie publique, puisqu'elle seule a le droit d'exercer et de poursuivre cette action;

» Attendu que, dans l'espèce, il n'y a eu au civil aucun jugement définitif sur la question d'état dont il s'agit;

» La cour rejette le réquisitoire du procureur-général.

» Ainsi jugé à l'audience publique de la section des requêtes, le 30 mars 1813 ».

Plus je réfléchis sur cet étrange arrêt, plus je me félicite d'avoir combattu, dès le principe, la jurisprudence dont il est le résultat.]]

III. Par un arrêt du 14 février 1713, rapporté au *Journal des Audiences*, il a été jugé qu'on ne pouvait accuser une femme de Supposition d'enfant, quand elle rapportait un extrait baptistaire en bonne forme, signé du père, et que la preuve du contraire n'était pas admissible.

[Et lors même que l'acte de naissance n'est pas signé du père, il faut des preuves bien claires et bien fortes pour faire accueillir une pareille accusation.

C'est par le défaut de telles preuves, que François Rolland vient d'échouer au parlement de Bordeaux, dans une action de ce genre, qu'il avait intentée contre la demoiselle Ponthois, sa belle-sœur, et Jean-Baptiste Rolland, son neveu. Voici les circonstances de cette affaire.

Le 20 août 1749, le sieur Rolland épouse, à Paris, la demoiselle Ponthois.

Bientôt après, les deux époux transfèrent leur domicile à Bordeaux. Ils y ont un fils, qui est baptisé le 28 juin 1750, sous le nom de Jean-Nicolas Rolland.

Le 2 septembre suivant, le sieur Rolland fait un testament par lequel, après avoir institué son fils héritier, il donne sa tutelle et celle de tous ses autres enfans à naître, à la demoiselle Ponthois, son épouse. Par une autre clause, il déclare que, s'il vient à mourir sans enfans, il donne à celle-ci tous ses meubles, tous ses acquêts et la jouissance de tous ses biens propres.

A la fin du mois d'octobre de la même année, la demoiselle Ponthois part pour Paris, afin d'y rechercher quelques portions de sa dot.

Dans cet intervalle, l'enfant qu'elle avait eu du sieur Rolland, et qui était alors dans la paroisse de Cerons en nourrice, y meurt le 27 novembre suivant.

Le 21 juin 1751, c'est-à-dire, environ neuf mois après son départ de Bordeaux, la demoiselle Ponthois accouche, à Paris, d'un garçon, qui est nommé Jean-Baptiste Simon: il est baptisé, le 24 du même mois, dans la paroisse de Bonnes-Nouvelles, et sa mère le met en nourrice dans le village de Merry.

La demoiselle Ponthois revient à Bordeaux; le sieur Rolland y meurt quelque temps après.

La demoiselle Ponthois fait venir de Paris une déclaration constatant l'existence de son fils, qui, dès-lors, à ce qu'elle a dit depuis, était révoquée en doute par François Rolland, et cette déclaration est donnée par la femme même qui nourrit l'enfant. La demoiselle Ponthois requiert ensuite la tutelle, qui lui est accordée.

Mais dans le procès-verbal tenu à cette occasion, le greffier met, par erreur, le nom de Jean-Nicolas Rolland, qui était mort le 27 novembre 1750, à la place de Jean-Baptiste, qu'il s'agit de pourvoir d'une tutrice.

Dans la suite, on s'aperçoit de cette méprise; on la répare, en mettant le nom de Jean-Baptiste à la place de Jean-Nicolas, et le procureur du roi approuve lui-même ce changement.

Ces objets ainsi arrangés, la demoiselle Ponthois fait venir son fils à Bordeaux; elle le garde chez elle. Mais à peine a-t-il atteint l'âge de treize ans, qu'elle l'envoie en Hollande, pour apprendre le commerce.

Dès qu'il est parti, François Rolland, son oncle, présente des requêtes, obtient des arrêts, et fait des poursuites qui tendent à le dépouiller, ainsi que sa mère, de tous leurs biens, celui-là comme enfant supposé, celle-ci comme coupable de la Supposition.

Après bien des négociations inutiles, Jean-Baptiste Rolland et sa mère se rendent opposans à tous les arrêts obtenus par leur oncle et beau-frère.

La cause portée à l'audience de la grand'

chambre du parlement de Bordeaux, M. Romain de Sèze, [[mort en 1828, premier président de la cour de cassation]], établit, en ces termes, l'innocence de la mère et la légitimité du fils :

« Nous n'avons pas besoin de disserter sur la nature des preuves destinées à constater l'état des hommes aux yeux de la loi. On sait assez qu'il n'y en a que deux espèces : les registres de baptême et la possession. Les registres attestent qu'un tel enfant est né du mariage d'un tel homme et d'une telle femme. La possession atteste que l'individu qui porte le nom de l'enfant inscrit dans ces registres, est véritablement celui qu'ils annoncent.

» On sait encore que l'état de celui qui réunit en sa faveur ces deux espèces de preuves, est inattaquable. S'il ne l'était pas, il n'y aurait pas un seul homme qui pût compter sur sa filiation.

» Il n'est pas nécessaire d'appuyer sur ce principe; c'est assez de le rappeler. On voit bien, du premier coup-d'œil, toute l'influence qu'il doit avoir sur l'ordre public, sur le repos de la société, et sur la sûreté particulière de chaque famille. Les lumières naturelles de la raison en disent assez à tout homme sur ce point-là. Il n'y en pas un seul qui puisse se dissimuler que son état entier ne repose que sur son extrait de baptême et sa possession. Il n'y en a pas non plus un seul qui, s'il avait le malheur d'essuyer quelque contestation à cet égard, pût se défendre autrement que par ces deux titres.

» Or, ces deux titres, nous les produisons; il ne s'agit plus que de discuter les critiques qu'on ose en faire.

» Nous devons cependant répondre préalablement à une objection.

» Le défenseur de François Rolland avait bien prévu que nous ferions usage de cette maxime, qu'il a présentée lui-même *comme tutélaire de l'état des hommes*, et qui est en effet le plus beau présent que la loi ait pu faire à la société, puisque sa disposition embrasse le genre humain : *Pater est quem justæ nuptiæ demonstrant;* et il a cherché d'avance à nous l'enlever. Il nous a dit : *Je conviens avec vous de la vérité de cette maxime; mais je soutiens que vous n'auriez le droit de vous en servir, qu'autant que vous rapporteriez des preuves qui justifiassent l'application que vous en faites.*

» Nous avouons que nous n'avons pas vu sur quoi portait ce raisonnement.

» Nous concevons qu'un homme qui, pour prouver qu'il serait né d'un tel homme et d'une telle femme, ne rapporterait que l'extrait d'impartition de la bénédiction nuptiale qui aurait été donnée à cet homme et à cette femme, et s'en tiendrait là, n'en ferait pas assez : il aurait beau dire, voilà mon père, je prouve son mariage, et le mariage le démontre, *nuptiæ demonstrant;* on serait fondé à lui répondre : Vous prouvez bien que l'homme que vous appelez votre père, s'est marié; mais vous ne prouvez pas qu'il soit né un enfant de lui, ni que vous soyez cet enfant : vous ne pouvez donc pas vous appliquer la maxime que vous invoquez.

» Mais un homme qui vient avec la preuve du mariage et de la naissance; un homme qui tient d'une main l'extrait de l'impartition de la bénédiction nuptiale donnée à ses père et mère, et de l'autre l'extrait du registre sur lequel il a été inscrit par la religion en venant au monde, n'a pas besoin d'autre chose pour s'approprier la maxime *pater est*. C'est précisément pour lui qu'elle est faite, et elle a si peu alors besoin de la preuve ultérieure, qu'elle est une preuve elle-même que la loi oppose à tous les efforts qu'on fait pour ébranler l'état de celui qui a en sa faveur les deux titres qui servent à lui donner l'être. Cette preuve, en effet, se forme de ces deux titres. J'établis ma naissance par mon extrait de baptême. J'établis ma légitimité par l'impartition de la bénédiction nuptiale donnée à mes père et mère. Quand j'ai fait ces deux preuves, j'ai tout prouvé.

» Or, ici le mariage du feu sieur Rolland avec la demoiselle Ponthois, n'est pas disputé; l'extrait d'impartition de la bénédiction nuptiale qui leur fut donnée à Paris, est dans le procès. L'acte de baptême sur lequel le sieur Rolland a été inscrit comme fils de l'un et de l'autre, ne l'est pas non plus. Comment donc pourrait-on lui contester le droit de se servir de la maxime *pater est*, puisque la loi a créé cette maxime exprès pour ceux qui, comme le sieur Rolland, prouvent tout à la fois leur naissance et le mariage de leurs père et mère?

» On dit bien qu'en général il faut se défier de toute femme qui accouche loin de son mari, parcequ'alors l'acte de baptême n'est pas rédigé sous les yeux du père, et que d'ailleurs rien ne peut garantir la certitude de l'accouchement.

» Mais prétendre qu'un acte de baptême ne prouve rien, supposer que sa rédaction a besoin des regards du père, soutenir qu'une femme ne peut et ne doit accoucher absolument que dans son domicile, exiger même que son accouchement ait eu des témoins, pour que sa certitude soit constatée, ce sont là de

ces idées qui n'ont pas besoin de réfutation.....

» L'acte de baptême, cependant, ne prouve pas tout, nous en convenons. Il en résulte bien qu'il est né, au mois de juin 1751, un enfant du mariage du feu sieur Rolland et de la demoiselle Ponthois; mais il ne dit pas quel est cet enfant, ni où est cet enfant. C'est donc là ce qu'il faut chercher.

» D'abord, on ne peut pas prétendre qu'il soit mort, puisque son extrait mortuaire n'est pas rapporté. Il faut donc en conclure qu'il vit encore, et partir de ce point de fait, cet enfant existe.

» Maintenant, si l'on produisait un individu, qui, des bras de la nourrice à qui on l'aurait remis à l'instant même de sa naissance, eût passé dans ceux de la demoiselle Ponthois, sa mère, qui eût été élevé chez elle, dans sa maison, sous le nom de son fils, et comme son fils, jusqu'à l'âge de treize ans, qui eût été ensuite envoyé par elle en Hollande, pour s'y former à l'art du commerce; qui en fût revenu à la première nouvelle qu'il aurait eue qu'on osait élever des doutes sur son existence; qui se fût présenté alors à plusieurs négocians estimables, au nombre de treize, amis de sa famille, et même ses voisins, et qui tous l'auraient connu dans l'enfance; qui eût été reconnu par eux, attesté par eux, comme le fils du feu sieur Rolland et de la demoiselle Ponthois, et le même qu'ils avaient vu, pendant treize ans, chez cette dernière; qu'il eût paru ensuite dans les tribunaux, ce titre à la main, réclamant les droits de sa naissance, et en même temps l'honneur de sa mère, ne croirait-on pas pouvoir en conclure que cet individu est le même que celui dont le nom est inscrit dans l'acte de baptême produit par le sieur Rolland? Craindra-t-on d'être démenti par la raison, quand on livrera sa confiance à des témoignages qui captivent celle de la loi même?

» Eh bien! Cet individu, c'est le sieur Rolland. Il se présente avec la preuve la plus éclatante que c'est à lui seul qu'appartient l'acte de baptême où est inscrit son nom. C'est la reconnaissance qui a été faite de sa personne, dans un acte public souscrit de plusieurs négocians des Chartrons, qui tous ont connu le feu sieur Rolland et la demoiselle Ponthois; qui l'ont connu lui-même, et qui attestent qu'il est en effet le fils de l'un et de l'autre. Ces négocians, tous d'une classe distinguée dans le commerce, déclarent qu'ils ont vu le sieur Rolland chez sa mère pendant son bas âge, et jusqu'au moment où elle l'envoya en Hollande. Ils ajoutent qu'ils *se souviennent parfaitement* de lui. Enfin, ils assurent que celui qui se présente à eux pour s'autoriser de leur témoignage, est précisément le même que celui qu'ils ont vu pendant treize ans chez la demoiselle Ponthois.

» Maintenant, il faut que les doutes s'évanouissent. Il ne peut plus y avoir d'incertitude sur l'état d'un homme, lorsque cet homme prouve qu'il a possédé celui qu'il réclame. Il n'y a point, en ce genre, de preuve plus satisfaisante pour la loi que la possession. La possession tient même lieu, à ses yeux, de tout autre titre: *Satis est*, dit-elle, *ad ejusmodi de natalibus quæstiones, ut quis nominetur filius, et publicè agnoscatur, passimque habeatur et credatur apud omnes.* Or, nous avons ici tous les renseignemens que la loi désire. Celui que nous défendons, a toujours porté en France le nom de Rolland. La déclaration des négocians des Chartrons l'atteste. Il l'a également porté en Hollande. Nous produisons une déclaration de négocians hollandais, qui l'atteste aussi. Voilà donc le *nominetur*. D'un autre côté, il a été reconnu, lui personnellement, à son retour de Hollande, pour être celui qui portait ce nom, *publicè agnoscatur*. Enfin, ç'a été encore l'opinion vulgaire. Dans le dernier voyage qu'il a fait ici, il a fait, sous ce nom, des affaires considérables avec plusieurs négocians de cette place; c'est sous ce nom qu'il plaide avec les sieurs Delbos, en la cour, pour une opération de commerce. Plusieurs ont vécu intimement avec lui, comme fils du feu sieur Rolland et de la demoiselle Ponthois. En un mot, tout le monde l'a reconnu pour tel, *passim habeatur et credatur apud omnes*. Sa possession réunit donc tous les caractères qu'on peut demander, et le témoignage qu'il en fournit, n'est pas susceptible de contradiction.

» On en élève cependant. On dit que cette déclaration est un *acte extrajudiciaire*. Mais que veut-on donc? Que c'est en jugement que les déclarans auraient dû la faire?

» Mais, d'abord, c'est un *acte public*, et qui mérite ainsi, par lui-même, la confiance de la justice.

» En second lieu, il est si peu vrai qu'il fallût attendre à faire cette déclaration en jugement, que, si le sieur Rolland s'était présenté sans elle devant la justice, il aurait dû nécessairement être repoussé; car, qui aurait pu alors déterminer la justice à croire qu'il était en effet l'individu dont il disait qu'il portait le nom?

» Elle est *imprudente*, ajoute-t-on: on ne

peut pas reconnaître, à l'âge de vingt ans, un enfant qu'on a perdu de vue depuis l'âge de treize.

» Certainement, cette observation n'est pas juste. Il ne se fait pas, de l'âge de treize ans à celui de vingt, un tel changement dans l'homme, qu'il devienne impossible de le reconnaître : ses traits se modifient sans doute dans ce passage, mais ils ne s'effacent pas; la forme caractéristique reste toujours. Il y a même, dans chaque famille, un trait qui ne subit guère d'altération, et qui est, dans l'ordre de la nature, une marque visible, dont l'objet doit être de les distinguer : c'est celui de la ressemblance. Or, ici elle est si frappante entre celui que nous défendons et la demoiselle Ponthois, qu'il semble que la nature a eu l'intention d'en faire une preuve destinée à venger l'injure qu'elle devait essuyer de François Rolland.

» Enfin, cette décaration est *suspecte*, dit-on; ce sont des gens qui *se sont offerts d'eux-mêmes*, qui l'ont donnée; ce sont *des amis, des voisins*.

» Mais quand il faut prouver une possession, d'état, à qui veut-on qu'on s'adresse? A des étrangers, à des gens qui n'ont pas connu celui qui a besoin qu'on témoigne de son état? Il faut bien nécessairement recourir *à des amis et à des voisins*. Ce sont même ceux en qui la loi a plus de confiance : *Si vicinis vel aliis scientibus*, dit-elle (loi 6, C. *de nuptiis*); et la raison en est toute simple : c'est que ce sont ceux qui doivent être le mieux instruits, puisque ce sont ceux qui ont été le plus à portée..... Voyez donc le vice de votre critique ! Vous nous reprochez comme un manquement ce que la loi recommande comme une obligation.

» Que peut-il y avoir d'ailleurs de suspect dans le témoignage de treize négocians estimés, qui se réunissent pour attester tous un fait dont ils ont eu personnellement connaissance? Feriez-vous à ces négocians l'outrage de les accuser de s'être prêtés à une imposture? Pourquoi donc cherchez-vous à exciter à leur égard la défiance de la justice? Deux témoins seulement, et souvent même pris dans le peuple, suffisent pour envoyer un homme à la mort; et vous ne voudriez pas que treize témoins distingués, tous uniformes et sans intérêt, pussent déposer de l'état d'un autre? La loi serait-elle donc plus jalouse de se priver d'un citoyen, que de l'acquérir?

» Il ne peut donc pas y avoir de contradiction raisonnable sur la preuve que le sieur Rolland présente de sa possession. Il ne peut par conséquent y en avoir aucune sur son état. Sa preuve est complète. Elle résulte de l'extrait de baptême qui la commence, et de la possession qui l'achève. Le premier de ces titres prouve qu'il est né, en 1751, un enfant du mariage du feu sieur Rolland et de la demoiselle Ponthois; et l'autre prouve que cet enfant, c'est le sieur Rolland. Sa légitimité et sa filiation ne peuvent donc plus recevoir d'atteinte ».

Ainsi parlait le défenseur du sieur Rolland et de la demoiselle Ponthois. Ses efforts n'ont pas été inutiles : par arrêt du 12 juillet 1780, l'adversaire de ses cliens a été débouté de ses demandes et condamné à des dommages-intérêts.

L'acte de naissance et la possession réunis ont donc dissipé les nuages que jetaient sur l'état du sieur Rolland les circonstances dans lesquelles sa mère était accouchée, la méprise faite sur son nom dans le procès-verbal de nomination de tutelle, et quelques autres allégations dont le détail serait ici aussi long qu'inutile.

Plus récemment, on a vu, dans une cause jugée à Toulouse, le défaut de possession l'emporter sur l'acte de naissance, et une personne qui n'avait pour elle que les énonciations de cet acte, rejetée du sein d'une famille dans laquelle on avait voulu l'introduire. Cette espèce est une des plus intéressantes qui se soient présentées depuis longtemps. En voici les principales circonstances.

En 1724, Pierre Flageyroles, fabricant à Nîmes, épouse Jeanne Salles. Plusieurs enfans naissent de cette union.

En 1738, ils éprouvent des revers dans leur commerce : Flageyroles quitte Nîmes, y laisse sa femme, et se réfugie dans le comtat Vénaissin.

En 1742, il reparaît à Nîmes, maltraite sa femme, lui enlève son argent, et, par ses procédés, la force de se pourvoir en séparation. Elle obtient en effet, le 16 novembre, une sentence qui la déclare séparée quant aux biens, et renvoie au premier jour sur la demande en séparation de corps.

En 1743, Flageyroles s'éloigne de Nîmes avec une fille nommée Toinette Aillane. Depuis ce temps, jusqu'en 1755, sa femme n'entend plus parler de lui. Mais, à cette dernière époque, elle apprend sa détention dans les prisons d'Aix pour une malversation dont il est accusé. Elle se hâte de faire le sacrifice d'une partie de sa fortune pour sauver l'honneur de son mari.

Devenu libre, Flageyroles revient à Ni-

mes, et en sort encore bientôt; mais en 1762, on l'y voit reparaître avec une petite fille de quinze ans, et Toinette Aillane, cette compagne qu'il s'était choisie en 1743.

La demoiselle Salles se voit alors forcée de faire prononcer sur la demande en séparation de corps dont elle a négligé la procédure depuis vingt ans. Mais cet objet n'est pas le seul qui l'occupe. Des bruits alarmans s'étaient déjà répandus sur l'enfant qui accompagne son mari. Elle apprend que Flageyroles et Toinette Aillane se sont réfugiés en 1743 à Montpellier, se disant mariés, et sous un nom supposé; qu'apres quatre ans d'un commerce adultérin, Toinette est accouchée d'une fille, le 20 février 1747; que, le troisième jour, cet enfant a été porté à l'église, où on lui a conféré le baptême, avec le nom d'Élisabeth; que le père, témoin de la cérémonie, a attesté lui-même la filiation et la paternité; et que, son contrat de mariage à la main, pour mieux tromper le curé, il a, par l'imposture la plus hardie, donné un état légitime à l'enfant de l'adultère, et transmis ainsi à la véritable épouse la maternité d'une concubine; que cet attentat n'est pas demeuré long-temps enseveli dans les ténèbres; que des confidences indiscrètes, et des gens de Nimes qui connaissent ce couple vicieux, ont bientôt dévoilé leur turpitude; qu'en butte à une juste indignation, ils ont été forcés de déserter Montpellier, qu'on les a vus courir la Provence, errer de ville en ville, ne quittant jamais Élisabeth; que partout où ils ont osé s'établir, à Marseille, à la fabrique de Bru, en Corse, à Aix, partout ils ont été emprisonnés, chassés, dévoués à l'exécration publique, aussitôt qu'ils ont été connus; qu'enfin assaillis par les infirmités d'une vieillesse prématurée, fatigués d'une vie aussi misérable, et résolus d'y mettre un terme, ils viennent à Nîmes avec les plus sinistres projets.

La demoiselle Salles s'empresse de rendre plainte de tous ces faits. L'information porte la plus vive lumière sur l'adultère, sur la Supposition de part, sur les excès du sieur Flageyroles; et le sénéchal de Nimes, par sa sentence du 6 septembre 1763, sépare de corps la demoiselle Salles d'avec son mari, déclare Élisabeth fille supposée, et lui défend, sous les peines de droit, de se dire fille de la dame Flageyroles.

Le pere appelle de cette sentence; mais un arrêt du 6 septembre 1767 la confirme purement et simplement.

Après la mort de Flageyroles et de Toinette Aillane, Élisabeth obtient, comme non valablement défendue, des lettres de requête civile contre cet arrêt, le fait rétracter, et se rend appelante de la sentence du 6 septembre 1763, qui la relègue dans la classe des enfans adultérins.

La cause en cet état, Élisabeth cherche à établir, par son acte de baptême et par la possession, qu'elle est fille légitime de Pierre Flageyroles et de la demoiselle Salles.

Sur l'acte de baptême, elle observe que, si un esprit de mensonge eût inspiré Flageyroles, il n'aurait pas osé se produire dans Montpellier aux yeux de tout le monde; qu'il aurait transporté son enfant dans quelque village éloigné: qu'il aurait préféré des prêtres de la campagne, moins instruits, moins attentifs, des témoins entièrement inconnus, des lieux totalement déserts, où son crime eût été indifférent, oublié, impuni. Qui sera donc désormais tranquille sur son sort, ajoutait-elle? Quel état sera certain, si, contre la foi d'un extrait de baptême, il est permis de s'arrêter à des doutes, et d'attaquer par là, non-seulement l'autorité d'un acte conservé dans un dépôt public, mais encore la sage disposition de l'ordonnance, qui se contente de cette preuve?

Pour établir sa possession, Élisabeth invoquait le témoignage constant que son père avait rendu de sa légitimité, et le nom de Flageyroles qu'elle avait toujours porté dans Nîmes, ainsi qu'elle le prouvait par des certificats authentiques.

La demoiselle Salles, défendue par M. Janolle, a combattu ces moyens avec autant de solidité que d'éloquence.

« D'abord (disait-elle), qu'est-ce qu'un extrait baptistaire? Nous le définissons, un monument public qui constate la naissance, le baptême et la dénomination d'un enfant. Ministre de la religion et des lois, le prêtre seul, revêtu de ce double caractère, confère ce sacrement, en rédige l'acte civil, et, par ce seul titre, l'enfant est aussitôt classé parmi les citoyens, reconnu incestueux ou adultérin, naturel ou légitime.

» L'acte de baptême a cela de particulier, il est vrai, qu'il subsiste sous la garantie de la société entière. Un enfant repose sous la protection de la loi qui l'a préservé du néant civil, en lui donnant un état moral par le concours de la religion et des formes. Cet acte est sans doute de tous les monumens publics le plus respectable; mais en est-il pour cela moins accessible à l'erreur? Les conventions et les dernières volontés qui transmettent nos propriétés, qui règlent nos biens, qui dérivent du droit naturel et des gens, n'existent-

elles pas aussi sous la sauve-garde des lois et de la société, rédigées par un officier public, en présence des parties intéressées et des témoins, revêtues de toutes les formalités capables d'en garantir l'exactitude? Cependant l'intérêt pouvant se jouer de toutes ces précautions, on a ménagé des ressouces à la faiblesse ou à la bonne foi. Tous les jours, on casse un testament, on résilie un contrat, un acte est argué de faux: pourquoi cela? Parceque la vérité crie, et que sa voix est au-dessus de toutes les lois arbitraires des hommes.

» Aux premiers âges du monde, un enfant né, élevé au milieu des siens et de sa patrie, n'avait pas de monument plus recommandable de sa qualité, que l'opinion soutenue et la jouissance paisible de cette même qualité. Insensiblement les besoins et les vices s'accrurent en raison des sociétés et des lumières: les passions nécessitèrent les lois; et l'harmonie sociale étant toujours une conséquence nécessaire de celle des familles, la plupart des peuples, et particulièrement les Romains, s'attachèrent à maintenir, par de sages réglemens, la pureté des descendances, et à prévenir les entreprises de l'intérêt et du crime sur la légitimité des citoyens. Cependant, si l'acte primordial était perdu, s'il s'y était glissé quelque méprise, le mal n'était pas sans remède; une possession efficace suppléait à sa perte ou réparait ses erreurs.

» Ici, la jurisprudence romaine s'accorde parfaitement avec la nôtre: la possession, en matière d'état, est le premier de tous les titres. Elle seule établit l'identité de la personne et de l'acte de baptême; et loin que l'établissement des registres publics ait affaibli son empire, elle en est au contraire la sanction et le complément. Brillon rapporte une foule d'arrêts qui ont jugé que la possession vaut mieux que les actes; que l'état ne peut être contesté, une fois qu'il est cimenté par ses effets; qu'elle supplée le rapport de la célébration du mariage des parens; enfin, qu'un enfant reconnu légitime pendant trente ans, ne perd pas ensuite sa condition, quoique l'on vienne à découvrir qu'il est né bâtard incestueux.

» La possession d'état dérive moins du législateur que de la nature. C'est une conséquence infaillible, un vœu tacite et général des hommes et des nations, que ce qui a subsisté pendant un terme moral, dans un même état et sans aucune variation, demeure inaltérable.

» La loi, dans ses vastes combinaisons, a jugé qu'un enfant qui vit trente ans dans une famille, jouissant paisiblement de sa légitimité, et qui, après cet espace de temps, se trouve d'une origine étrangère, ne peut, non plus que ceux qu'il a crus ses parens, effacer l'impression du sentiment et de l'éducation. Elle a supposé qu'une douce habitude ayant pris dans leurs cœurs tout l'ascendant de la nature, il n'est pas en leur pouvoir de briser les liens d'une affection si touchante. Ainsi, comme les même effets naissent des mêmes causes en droit, une longue possession fait supposer un titre légitime. La loi s'est contentée de cette présomption; et, par une fiction salutaire dont l'ordre de la société et le bonheur des individus sont le motif, elle prononce comme si l'acte de la naissance n'était point vicieux, ou comme s'il n'existait pas.

» La voix unanime des jurisconsultes et de la jurisprudence, les défauts de notre législation, la nature même de l'acte de baptême, tout sert à convaincre qu'il partage la triste fragilité de ses auteurs, et n'offre qu'une preuve très-incomplète de la filiation. La possession en est donc le témoignage le plus énergique; les passions humaines se jouent de la religion et abusent des institutions les plus saintes; les écrits s'altèrent, on les perd, un incendie les dévore, mille événemens les font disparaître; au lieu que, toujours publique, vivante, invariable, la possession brave l'influence des révolutions, acquiert plus de force et d'efficacité par les années; en un mot, la nature et les lois s'unissent pour lui assurer un immuable stabilité.

» Élisabeth paraît-elle aujourd'hui tenant dans sa main un acte de baptême confirmé par la possession? La justice va l'investir de tous les droits de la légitimité. Si elle n'offre, au contraire, qu'un titre isolé, suspect, irrégulier, et sans aucune espèce de jouissance, et si on l'attaque elle-même comme l'enfant de la Supposition, malgré tous ses efforts, l'extrait baptistaire ne sera qu'une preuve incomplète, ou tout au plus un commencement de preuve: les présomptions et les témoins pourront établir sa Supposition. Ni l'autorité de l'acte de baptême, ni le dépôt des registres, ni la crainte d'affaiblir un titre auguste, à l'ombre duquel toutes les familles reposent, rien ne saurait empêcher que, par des voies légales, on ne dévoile les manœuvres de l'imposture. Plus un titre est essentiel, plus il importe qu'il ne soit pas altéré. L'état des hommes est trop intéressant, pour qu'on puisse le supposer impunément; sans cela, les lois tomberaient dans une contradiction alarmante: le crime, livré à toute son audace, veillerait lui-même aux portes de la justice pour en défendre l'entrée à la vérité »

Après ce début, le défenseur de la demoiselle Salles entrait dans le développement des présomptions et des preuves qui manifestaient la Supposition d'Élisabeth. Il les tirait des lieux, du temps, des personnes et des circonstances.

« C'est un fait certain (disait-il), que la ville de Nîmes est encore et a toujours été le domicile constant de la demoiselles Salles. Transplantée dans ce séjour, dès sa plus tendre enfance, elle y a reçu l'éducation; on l'y a mariée à un des habitans; cinq enfans, le fruit de cette union, y sont venus au monde et tous y sont baptisés et établis. Or, comment Élisabeth est-elle née à Montpellier? Quand la demoiselle Salles y serait-elle venue? Quel sujet assez pressant pouvait l'obliger à suivre son mari presqu'au moment de donner le jour à un enfant? On répond que des affaires de commerce avaient nécessité ce voyage. Ils faisaient donc ensemble un trafic paisible, voyageaient pour l'intérêt commun, procréaient des enfans, vivaient, en un mot, dans une douce union? Mais a-t-on oublié que le sieur Flageyroles avait disparu depuis cinq ans? Qu'il était séparé de biens d'avec sa femme, et que le sénéchal n'avait suspendu la séparation de corps, que pour être légalement informé de son inconduite et de ses sévices? Telle est la fatalité ordinaire du mensonge, qu'il se décèle toujours par son inconséquence!

» Supposons, un instant, qu'à cette époque aucun nuage n'avait encore obscurci leur félicité domestique. Ou la demoiselle Salles a fait un long séjour à Montpellier, ou elle y est arrivée dans les derniers jours de sa grossesse. Dans le premier cas, nous demandons quelles affaires extraordinaires de commerce peut avoir un simple fabricant, qu'il ne soit capable de terminer lui seul, qui exigent la présence et le concours d'une épouse, qui obligent les deux chefs de la famille de s'éloigner à la fois, de quitter leur maison, et de laisser dans l'abandon, pendant long-temps, leurs affaires domestiques, des enfans, une fabrique et des ouvriers? Dans le second cas, croira-t-on qu'une femme, âgée de quarante-sept ans, entreprenne un voyage périlleux, lorsque sa grossesse est aussi avancée? Choisira-t-elle des jours de crainte, de faiblesse et d'alarmes, pour s'éloigner de ses foyers, et s'exposer à faire ses couches dans une ville étrangère, privée des secours de son ménage, des consolations et des services de l'amitié? Non, Élisabeth n'affaiblira point cette présomption des temps, qu'elle ne nous explique la nature des affaires qui ont forcé la demoiselle Salles à un déplacement si extraordinaire, qu'elle ne nous en développe les circonstances, le motif secret et la grande importance.

» La demoiselle Salles accouche hors de son domicile: sans doute les personnes, dont le témoignage garantit l'état d'Élisabeth, seront dignes de foi, d'un état honnête, connus du moins, et à l'abri de toute espèce de soupçon. Ce sont précisément des étrangers que l'adversaire elle-même n'a jamais vus, dont elle ignore parfaitement l'origine et la destinée. Le parrain est un nommé Gasque, domestique d'un officier-général de l'armée de dom Philippe, qui, passant alors en Italie, fit une halte rapide en Languedoc; la marraine, une certaine Élisabeth Cazaubon, veuve Guiraud, dont on n'indique ni la profession ni le domicile, et néanmoins si misérable, qu'elle est obligée de gagner sa vie au service des malades: c'est enfin le sieur Flageyroles. Qu'on n'invoque point ici les probabilités morales; qu'on ne dise point qu'un père n'est point capable d'une action aussi noire: telle est la conduite de celui-ci, qu'il ne peut même inspirer un doute consolant. L'homme débauché ne se familiarise que trop avec le crime; assez malheureux pour ne point sentir ses propres torts, comment pourrait-il être circonspect sur le mal qu'il fait aux autres?

» Le sieur Flageyroles et sa femme n'étaient pas originaires de Montpellier; ils n'y faisaient pas leur résidence; ils y avaient pourtant, dit-on, des relations de commerce, et cela suppose au moins des connaissances. Or, quelle est cette prédilection particulière pour un espagnol et la veuve Guiraud? Comment ces témoins pouvaient-ils attester que l'enfant qu'ils tenaient sur les fonts baptismaux, était le fruit d'une union légitime, la fille de Pierre Flageyroles et de Jeanne Salles, mariés? Les avaient-ils vus, connus et fréquentés à Nîmes, dans le sein de leur famille? Quelle confiance doit inspirer leur déclaration? Echos du sieur Flageyroles qui les a trompés, ils ont été, tout au moins, les instrumens passifs de son imposture.

» Mais encore, Montpellier n'est qu'à huit lieues de Nîmes, et le sieur Flageyroles n'instruit pas sa famille des couches de sa femme, comme on a voulu le faire accroire! Dans une circonstance aussi essentielle, pas une parente, une amie, personne n'accourt, ne s'empresse de venir lui prodiguer des soins, et tout s'opère dans une mystérieuse solitude? Pourquoi déroger à la coutume presque religieuse des habitans de cette province et de la nation entière, qui ne choisissent les parrains de

leurs enfans que parmi leurs proches ou les amis les plus intimes? Pourquoi l'affectation de s'adresser à un étranger, un passant, un valet d'armée, et pourquoi l'associer à une marraine prise au hasard, et de la plus basse extraction? Que conclure de tant de mystère et d'obscurité? Rien autre chose, sinon que le sieur Flageyroles et le nommé Gasque étaient deux imposteurs d'accord pour supposer l'état d'Élisabeth; et leur qualification, une fable arrangée pour tromper le ministre des autels, dérouter toutes les recherches, et jeter un voile plus épais sur leur machination et leurs complots.

» Nous pourrions encore fortifier toutes ces présomptions, de celles que nous offre l'âge de la demoiselle Salles, âge où les exemples de maternité sont si rares, qu'ils passent pour des phénomènes; des mœurs, de l'expatriation du sieur Flageyroles, de la nourrice d'Élisabeth, des lieux qui l'ont recelée jusqu'à quinze ans, des personnes qu'elle a pu connaître, et d'une infinité d'autres circonstances non moins essentielles; mais nous nous hâtons d'en venir à la dernière et à la plus frappante de toutes les présomptions, le désaveu de la mère.

» Un père et une mère sont des législateurs domestiques, des arbitres souverains de leur famille; et à moins qu'ils n'abusent de leur puissance, que l'aveuglement ou la faiblesse n'égarent leur raison, les lois en respectent les décrets et en confirment la volonté.

» *Nous n'avons garde de croire* (disait l'immortel d'Aguesseau), *que l'on doive considérer la voix d'une mère comme absolument décisive. Nous savons que son témoignage, qui ne devrait jamais avoir pour principe que la nature et la vérité, peut devenir suspect par différentes passions qui agitent le cœur des hommes. Nous n'ignorons pas la disposition du droit qui rejette ces déclarations injustes par lesquelles une mère irritée ou aveuglée par son avarice, s'efforce de donner atteinte à l'état de ses enfans. Mais en même temps que nous sommes convaincus de l'équité de ces mêmes lois, nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître que, tant que la conduite de la mère ne laisse concevoir aucun soupçon contre elle; la présomption doit toujours être en sa faveur, jusqu'à ce qu'elle soit détruite par des preuves authentiques, ou par des présomptions aussi fortes et aussi légitimes.*

» Ici, toutes les présomptions s'élèvent en faveur de la demoiselle Salles; constance de son désaveu; défaut d'intérêt et de motif; circonstances de sa vie.

» Élisabeth est réduite à l'impossibilité d'indiquer seulement une probabilité raisonnable; elle s'efforce en vain d'assimiler le désaveu qu'on lui oppose, à ces déclarations momentanées de fureur et de colère proscrites par la loi. Jamais elle n'a regardé le seuil de la maison de cette mère, ni paru en sa présence, ni soutenu ses regards un seul instant. A l'âge de trente-huit ans, elle n'a pas encore pris sa place au milieu de la famille qu'elle réclame. Elle paraît à peine dans la ville de Nîmes, que la demoiselle Salles désavoue l'indigne maternité qu'on osait lui supposer : ce désaveu, elle l'a prononcé tous les jours de sa vie, à la face du ciel, des siens et de la justice, qui, deux fois, a confirmé le jugement de la nature.

» Pour diminuer l'impression de ce désaveu, on a présenté les passions effervescentes, maîtrisant le cœur humain, et le disposant aux plus noirs attentats. Son imagination, attristée par ce tableau, a transformé en des actions atroces, ces traits d'héroïsme de l'ancienne Rome, où l'auteur de la patrie et de la liberté, élevant l'homme au-dessus de lui-même, lui faisait sacrifier plus que sa vie. Mais, quand on a rappelé ces beaux faits, l'étonnement et l'admiration des siècles, avec des couleurs aussi lugubres, quand on a trouvé quelques pères inhumains flétris par l'histoire, on n'a pu citer une seule mère dénaturée.

» Une femme pleurait la mort de son fils unique, l'espérance d'une maison illustre. Le ministre consolateur de la religion cherchait à calmer sa douleur; il lui faisait envisager comme un modèle de résignation et de foi, ce patriarche fameux dans nos livres saints, qui, pour obéir aux ordres du ciel, immolait, sans murmure, un fils, l'objet de son affection et l'héritier des promesses. *Ah! mon père*, lui dit avec transport cette femme désolée, *Dieu n'eût jamais exigé ce sacrifice d'une mère!* Élan sublime de l'ame, qui peint, en traits de feu, la force de l'amour maternel!

» Mais s'il n'est point de crime sans motif, si l'intérêt, mobile unique des actions humaines, séduit, fascine, égare, conduit à la scélératesse et aux derniers forfaits; qu'on examine, qu'on pèse toutes les actions de la demoiselle de Salles, et qu'on assigne, s'il est possible, un motif, un intérêt capable de l'aveugler au point de rejeter pour toujours un enfant »!

Sur ces moyens, soutenus par des détails que nous omettons, parcequ'ils tiennent plus à l'éloquence qu'au raisonnement, il est inter-

venu, le 5 avril 1784, un arrêt qui, conformément aux conclusions de M. l'avocat-général de Catellan de Caumont, a confirmé la sentence du 6 septembre 1763, et a débouté Élisabeth de toutes ses demandes, avec dépens.]

[[*V.* l'article *Légitimité*, sect. 2, §. 4, n° 6.]]

[§. III. *Peines qui doivent être infligées à la Supposition de part.*

I. Ce crime obscur qui attaque l'état du citoyen, altère son existence, et, le dérobant à sa destinée, trompe en lui les desseins de la nature et de la société, la Supposition de part enfin, est digne de toute l'animadversion des lois. C'est une machination coupable qui désole les familles, et brise la chaîne des descendances; un attentat horrible qui blesse à la fois, et la dignité du mariage, et les droits de l'ordre social. Aussi toutes les compilations d'arrêts attestent-elles par des exemples célèbres, la sévérité des châtimens infligés à ce crime.]

Il se punit comme le faux, avec plus ou moins de rigueur, suivant les circonstances.

Un arrêt rendu au parlement de Provence, le 28 juin 1672, a condamné à mort une femme qui, de concert avec son mari, s'était supposé un enfant.

Par arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1666, Marie Bigorreau, femme Bouclière, a été condamnée à être pendue, pour avoir soutenu faussement qu'elle était la mère de l'enfant dont la comtesse de Saint-Gérand était accouchée.

Par un autre arrêt rendu au même parlement, sur l'appel d'une sentence du châtelet, le 11 mars 1730, Barbe-Françoise Digard des Mellettes, veuve de Claude-Ferdinand de Piquet de Molien, âgée de trente ans, atteinte et convaincue de Supposition de part neuf mois après la mort de son mari, a été condamnée à faire amende honorable, et à être bannie à perpétuité du ressort de la cour et des deux provinces de Bourgogne. L'arrêt l'a en outre déclarée déchue de ses reprises et conventions matrimoniales. La servante de cette femme a été, pour cause de complicité, condamnée à un bannissement de neuf ans, après avoir assisté à l'amende honorable de sa maîtresse.

Par un autre arrêt, du 17 décembre 1757, la femme du sieur Guillon et sa sœur ont été condamnées à faire amende honorable et à un bannissement de neuf ans, pour Supposition de part. (M. Guyot.) *

[[II. Aujourd'hui, la peine de ce crime n'est plus arbitraire.

Lorsque la Supposition de part a été commise par le moyen d'un faux en écriture publique ou privée, elle doit être punie des peines portées par le Code pénal de 1810, contre les crimes de cette nature. *V.* l'article *Faux*.

Lorsque, pour la commettre, il n'a pas été commis de faux en écriture, elle doit être punie de la réclusion; cela résulte de l'art. 345 du Code cité.]]

III. La femme convaincue d'un pareil crime, doit toujours être privée de son douaire et des avantages provenans de la libéralité de son mari. C'est une des dispositions de l'arrêt déjà cité du parlement de Provence, du 28 juin 1672. Cette peine avait été précédemment prononcée au parlement de Paris, par un arrêt du 5 juin 1636, rendu sur le trentième des *Plaidoyers de* Le Maître, et sur les conclusions de M. Talon, avocat-général. (M. Guyot.) *

[[Mais *V.* l'article *Douaire*, sect. 3, §. 2, n° 8.]]

[[SUPPOSITION DE PERSONNE. C'est, comme la Supposition de part, une sorte de crime de faux.

Y a-t-il Supposition de personne dans un acte où celui qui y stipule ou y dispose, prend un nom qui n'est pas le sien, mais qu'il porte habituellement, et sous lequel il est connu dans la société? *V.* l'article *Testament*, sect. 5.

Il y en a des exemples à l'article *Faux*, sect. 1, §. 6.

Le crime de Supposition de personne se prescrit-il par le même laps de temps que les autres? *V.* l'article *Prescription*, sect. 3, §. 7, art. 1, n° 2.]]

[[SUPPRESSION D'ÉTAT. C'est un crime qui consiste à supprimer les preuves de l'état d'une personne.

Le Code pénal du 25 septembre 1791 portait, part. 2, tit. 1, sect. 1, art. 32, que « quiconque serait convaincu d'avoir volontairement » détruit la preuve de l'état civil d'une personne, serait puni de la peine de douze » années de fers ».

Mais aujourd'hui, d'après les dispositions du Code pénal de 1810, il faut distinguer:

Ou la destruction des preuves de l'état civil d'une personne s'opère par la lacération ou la soustraction des registres publics qui constatent cet état, ou elle s'opère, soit par l'enlèvement, le recèlement ou la suppression d'un enfant, soit par la substitution d'un enfant à un autre.

Dans ce second cas, le coupable est puni de la réclusion par l'art. 345.

Dans le premier cas, il y a une sous-distinction à faire.

Si les registres sont détruits ou soustraits par le fonctionnaire public qui en est dépositaire à raison de ses fonctions, l'art. 173 prononce la peine des travaux forcés à temps.

S'ils sont détruits ou soustraits par toute autre personne, c'est encore de la réclusion que l'art. 439 punit le coupable.

V. les articles *Chose jugée*, §. 15; *Légitimité*, sect. 4, §. 4, n° 5; et *Suppression de part.*]]

* SUPPRESSION DE PART. C'est un crime qui consiste, soit à faire périr un enfant au moment de sa naissance, dans le dessein de le cacher, soit à supprimer les preuves de son existence et de son état.

Dans le premier cas, le coupable doit être puni du dernier supplice. *V.* les articles *Grossesse* et *Homicide*. (M. Guyot.) *

[[Dans le second cas, on doit appliquer, suivant les circonstances, les peines portées par les art. 173, 345 et 439 du Code pénal de 1810.

V. les articles *Supposition de part* et *Suppression d'état.*]]

[[SUPPRESSION DE TITRES. *V.* les articles *Preuve*, sect. 2, §. 3, art. 1, nos 25, 26 et 27; *Révocation de Testament*, §. 4, n° 4; et mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Suppression de titres.*]]

SURCENS. *V.* les articles *Cens* et *Rente seigneuriale.*

[[SURCHARGE. C'est l'action de substituer dans un écrit un mot à un autre, sans néanmoins faire disparaître toutes les traces de celui-ci.

I. L'art. 16 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, porte qu'*il n'y aura ni surcharge ni interligne, ni addition, dans le corps de l'acte; et les mots surchargés, interlignés ou ajoutés, seront nuls.*

II. Résulte-t-il de cette disposition que l'on doit regarder comme non datés, dès le moment de leur confection, un contrat et un testament dont les dates sont surchargées?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 27 août 1812, rapportés au mot *Ratification*, n° 9; et le plaidoyer ainsi que l'arrêt du 11 juin 1810, rapportés dans mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Testament*, §. 16.

III. Doit-on regarder comme nul un testament dans lequel un mot essentiel, tel que *dicté*, se trouve surchargé en partie seulement et de manière qu'on ne puisse supposer qu'il y aiteu un autre mot à la place?

La demoiselle Lescure avait fait, depuis la publication du Code civil, un testament que ses héritiers ont attaqué, sur le fondement que les mots *dicté et prononcé* y avaient été supposés ou altérés, et substitués à d'autres mots avec un instrument tranchant. L'affaire portée devant le tribunal de première instance de l'arrondissement de..., procès-verbal judiciaire de la minute, qui constate « qu'au mot *dicté* il paraît avoir été substitué » la lettre C, au lieu et place d'une *autre* » lettre que l'on croit avoir été un T, puis- » que le trait horizontal qui barre le T, » *paraît encore* de droite à gauche; que la » lettre Q paraît avoir été *repassée* dans sa » partie inférieure, et que la copulative *et* » entre le mot *dicté* et le relatif *que*, se » trouvent, sans altération, quoique bien » rapprochés des deux mots ci-dessus énon- » cés; qu'au mot *prononcé*, on voit que la » lettre initiale P et les trois suivantes sont » sans altération; mais que les quatre qui » finissent le mot, paraissent avoir été *re-* » *passées;* que, sous les mots *dicté* et *que*, » ainsi que sous le mot *prononcé*, on aper- » çoit des *taches* causées par quelque corps » gras; enfin que le C du mot *dicté* est » majuscule; et que le papier est plus mince » vis-à-vis des mots *dicté* et *que;* qu'il y a » même un petit trou ».

De ce procès-verbal, les héritiers de la demoiselle Lescure inférent que les mots *dicté et prononcé* sont surchargés; que par conséquent il sont, aux termes de la loi, comme non écrits; que, dès-lors, la formalité essentielle qu'ils ont pour objet d'attester, doit être regardée comme omise dans le testament; qu'ainsi, le testament doit être annulé.

Cependant, le tribunal considère qu'*il est impossible d'imaginer quels mots on aurait voulu faire disparaître*, et déclare le testament valable.

Sur l'appel, la cour d'Agen confirme ce jugement, et voici par quels motifs :

« Le mot *dicté* est le seul indispensable pour le maintien du testament. Les mots *et que*, et le mot *prononcé* fussent-ils rejetés, le testament n'en subsisterait pas moins, si le mot *dicté* est conservé. Or, que l'on considère ce mot avec la loupe ou sans loupe, il paraît que, dans ce mot, il n'y a qu'une seule lettre, qui est la lettre C, que l'on peut croire avoir été refaite; et même parmi les observateurs (c'est sans doute des magistrats eux-mêmes qu'il est parlé ici), plusieurs sont d'avis contraire.

» Mais, en supposant qu'elle ait été re-

faite, ou substituée à une autre lettre, et qu'elle dût être supprimée, le reste du mot devrait subsister, et offrirait toujours le mot *dicté*, qui remplirait la formalité qu'exige la loi.

» D'ailleurs, pour que cette surcharge, ainsi que l'altération du papier, pût faire rejeter le mot, il faudrait supposer qu'elle a été faite après que l'acte a été clos et parfait, ce qui serait un faux qui ne se présume pas : mais si cette substitution a été faite avant la clôture, en présence de la testatrice et des témoins, il n'y aurait point de faux, ni lieu à rejeter le mot, car il n'est que trop ordinaire aux notaires, greffiers, de gratter un mot qui n'est pas à sa place, ou qui est mal orthographié, et d'y en substituer un autre, *ce qui est un grand abus*.

» Or, dans le cas présent, il peut bien se faire qu'avant la clôture, le notaire se soit aperçu d'une faute d'orthographe, et qu'il l'ait corrigée. En vain opposera-t-on que c'est pêcher contre l'orthographe que d'insérer au milieu d'un mot une lettre majuscule, parceque cette faute est assez ordinaire à plusieurs personnes. Il paraît même que le notaire était dans cet usage, puisque, dans le même acte la lettre C est également majuscule dans le mot *DuClos*.

» Le légataire avait précédemment soutenu que tel était également l'usage du notaire dans le mot *dicté*, dans les testamens par lui précédemment reçus; et il avait, à raison de ce, demandé l'apport de quelques minutes, qui devient aujourd'hui inutile. A l'égard de la prétendue altération du papier, il paraît bien qu'il y a quelques coups de grattoir sur ou à côté de la partie inférieure de la lettre C; mais il ne paraît pas que le grattoir ait touché au reste du mot.

» D'ailleurs, le papier paraît au même état en plusieurs endroits de cette feuille, et il peut se faire que, comme il arrive quelquefois, le papier ait été livré par la régie dans un état défectueux. Il y a également, dans le restant de la feuille, plusieurs taches qui paraissent avoir été faites avec la même matière qui a taché les mots qu'on dit avoir été refaits; et ces taches peuvent être l'effet du hasard, et provenir de la chute de quelque goutte d'huile ou de suif pendant la rédaction du testament; ou bien ces taches sont provenues, depuis sa confection, par l'incurie ou la négligence du notaire dans la conservation de ses minutes; et ce qui détruit encore toute idée de réfaction ou de substitution d'un mot à un autre, c'est qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, d'imaginer quel est le mot qui existait dans le principe, et auquel il est prétendu qu'a été substitué le mot *dicté*.

» Les raisons ci-dessus étant applicables aux autres mots qu'on prétend refaits, et ces mots étant d'ailleurs peu essentiels à la validité du testament, il n'est pas nécessaire que la cour s'en occupe.

» Ainsi, comme la présomption doit toujours être en faveur de l'acte, et comme il a été dit ci-dessus que le crime ne se présume pas, le testament dont il s'agit, doit être maintenu..... ».

Les héritiers se pourvoient en cassation. Mais par arrêt du 3 août 1808, au rapport de M. Cochard,

« Attendu que la cour d'appel d'Agen ayant reconnu en fait que le mot *dicté* existait dans le testament attaqué, que des cinq lettres dont il est composé, il n'y avait eu de surchargé, ou, pour mieux dire, de corrigé, que la lettre C, parceque, dans le principe, elle avait été mal orthographiée...;

» La cour rejette le pourvoi..... »

IV. Les mots surchargés sont-ils nuls dans un testament olographe, comme ils le sont dans un acte notarié? *V.* l'article *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 3, n° 5.

Au surplus, *V.* les articles *Acte notarié*, *Faux*, sect. 1, §. 15, n° 4, *Interligne*, *Notaire*, *Procès-verbal*, §. 6, n° 5, *Renvoi*, etc.]]

[[SURCHARGE (*Droits seigneuriaux*). *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 14 juillet 1814, rapportés aux mots *Rente seigneuriale*, §. 2, n° 6 *bis*.]]

[[SURENCHÈRE. Ce terme a dans les lois trois acceptions différentes.

I. Dans les adjudications de coupes de bois réglées par le Code forestier du 21 mars 1827, il remplace ce que l'ordonnance des eaux et forêts du mois d'août 1669 appelait *Tiercement*. *V.* ce mot.]]

* II. (1). En matière d'expropriation forcée, il désigne l'acte dont il est parlé dans l'art. 710 du Code de procédure civile, et par lequel toute personne peut, dans la huitaine du jour où l'adjudication définitive aura été prononcée, faire au greffe du tribunal, par elle-même ou par un fondé de procuration spéciale, une Surenchère, pourvu qu'elle soit du quart au moins du prix principal de la

(1) Ce n° appartient à M. TARRIBLE, maître des comptes, ci-devant membre du Tribunat, section de législation.

vente. Les dispositions du Code relatives à cette Surenchère, sont rapportées sous les mots *Saisie immobiliaire*, §. 6, art. 1.

La Surenchère, en matière hypothécaire, est l'acte par lequel, après la notification de l'acte d'aliénation volontaire d'un immeuble hypothéqué aux créanciers inscrits, l'un de ses créanciers requiert que l'immeuble soit mis aux enchères et adjugé publiquement. On verra sous le mot *Transcription*, §. 5 et 6, quels sont les créanciers qui peuvent surenchérir, dans quelles formes la surenchère doit être faite, et quelles en sont les suites. *

[[III'. Mais nous croyons devoir, pour ne pas trop surcharger l'article *Transcription*, placer ici quelques questions relatives à la Surenchère prise dans ce dernier sens.

En voici d'abord une à laquelle donne lieu la différence qui se trouve entre le n° 5 de l'art. 2185 du Code civil, et l'art. 832 du Code de procédure : c'est celle de savoir s'il suffit, dans un acte de Surenchère, d'*offrir de donner caution*, ou s'il faut, à peine de nullité, désigner, par cet acte, la caution que l'on offre. Elle s'est présentée dans l'espèce suivante.

Le 17 janvier 1807, le sieur Sommariva se rend adjudicataire, à l'audience des criées du tribunal de première instance du département de la Seine, des deux tiers en propriété, et du tiers restant en usufruit, de l'hôtel de Montmorency, situé sur le boulevard, au coin de la rue du Mont-Blanc. L'adjudication en avait été faite sur la poursuite du sieur Carsthensohn père, propriétaire de cet hôtel, à ce autorisé par un jugement du 20 novembre 1806, rendu contradictoirement avec le sieur Laoan, son créancier, qui en poursuivait l'expropriation forcée.

Le sieur Sommariva, voulant purger les hypothèques inscrites sur cet immeuble, fait transcrire le jugement d'adjudication, et le fait notifier aux créanciers hypothécaires, dans les formes prescrites par les art. 2183 et 2184 du Code civil.

Le 18 avril 1807, le sieur Beaugrand, l'un des créanciers inscrits, à qui la notification avait été faite le 9 mars précédent, fait signifier au sieur Sommariva un acte de Surenchère, contenant entre autres choses, *que le requérant offre de donner caution aux termes de la loi, et qu'en conséquence, il donne assignation au susnommé à comparoir à trois jours à l'audience du tribunal de première instance...., pour la réception de ladite caution.*

Au jour indiqué, le sieur Beaugrand présente pour cautions les sieurs Vivenel et Carsthensohn fils. Le sieur Sommariva soutient qu'il n'y a pas lieu à Surenchère, attendu que c'est sur une expropriation forcée qu'il s'est rendu adjudicataire; et que, d'ailleurs, l'acte de Surenchère est nul, faute de désignation de la caution dont il contient l'offre.

Jugement qui « continue la cause à la quin-» taine, pendant lequel temps les cautions » offertes seront tenues de justifier de leurs » titres de propriété, tous moyens de nullité » et fins de non-recevoir réservés ».

Dans l'intervalle, les sieurs Delacouture, Thévenet et Carsthensohn fils, tous trois créanciers inscrits sur l'hôtel de Montmorency, interviennent, et adhèrent aux conclusions du sieur Beaugrand.

Avant que la cause revienne à l'audience, un avoué se présente au greffe, comme fondé de pouvoir, non du sieur Carsthensohn fils, mais des sieurs Vivenet, Bachellery et Lebourgeois, à l'effet de se porter cautions de la Surenchère du sieur Beaugrand, et dépose les titres justificatifs de leur solvabilité.

Les choses en cet état, jugement du premier juillet 1807, qui, adoptant le premier moyen opposé au sieur Beaugrand par le sieur Sommariva, déclare l'acte de Surenchère nul et de nul effet.

Le 12 du même mois, le sieur Beaugrand appelle de ce jugement, intime le sieur Sommariva, et fait assigner les créanciers intervenans en déclaration d'arrêt commun.

Les sieurs Carsthensohn fils et Bachellery interviennent et déclarent appeler incidemment du même jugement.

Le 29 décembre suivant, le sieur Beaugrand se désiste de son appel.

Le sieur Sommariva accepte son désistement.

Mais les sieurs Carsthensohn fils et Bachellery demandent que, sans y avoir égard, il leur soit permis de suivre l'effet de la Surenchère.

Par arrêt du 2 avril 1808,

« La cour, reçoit les intervenans parties intervenantes; donne acte aux parties des sommations et dénonciations, et à Sommariva du désistement fait par Beaugrand de l'appel par lui interjeté du jugement du premier juillet 1807;

» Faisant droit sur ledit appel, ensemble sur ceux incidens interjetés par Carsthensohn fils et Bachellery,

» Vu l'art. 832 du Code de procédure civile, et attendu qu'il résulte des termes dudit

article, que la réquisition de mise aux enchères doit contenir la présentation, et conséquemment *la désignation* de la caution dont la réception doit ensuite être prononcée trois jours après;

» Sans s'arrêter aux requêtes et demandes des appelans dont ils sont déboutés, dit qu'il a été bien jugé, mal et sans griefs appelé, ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet; condamne Beaugrand, Carsthensohn fils et Bachellery, respectivement, aux amendes de leurs appels; déclare le présent arrêt commun avec Gaudelet, Lebourgeois, Vivenet, Delacouture, Thevenet et Galabert, pour être exécuté avec eux selon sa forme et teneur; condamne Beaugrand, Carsthensohn fils et Bachellery aux dépens..... ».

Les sieurs Carsthensohn fils et Bachellery se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et soutiennent,

1° Qu'il viole les art. 2185 et 2190 du Code civil, en ce qu'il prive les créanciers du sieur Carsthensohn père du droit de Surenchère que le premier de ces articles leur assurait, et qui, aux termes du second, ne pouvait leur être enlevé par le désistement du sieur Beaugrand; et en ce que, pour arriver à cette infraction, il attribue arbitrairement à une vente sur publication volontaire, le privilége et les effets d'une vente par expropriation forcée;

2° Qu'il applique et interprète faussement les art. 832 et 833 du Code de procédure, en ce qu'il suppose que ces articles exigent que la caution présentée par le surenchérisseur, soit nominativement désignée dans l'acte de Surenchère;

3° Qu'il commet un excès de pouvoir, en prononçant une nullité qui n'est pas établie par la loi.

« De ces trois moyens (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 4 janvier 1809), il n'y en a qu'un seul qui nous paraisse susceptible de discussion : c'est le deuxième.

» D'une part, en effet, l'arrêt attaqué ne violerait les art. 2185 et 2190 du Code civil, qu'autant que l'acte de Surenchère eût été valable dans sa forme intrinsèque; car ce n'est qu'à raison de sa forme intrinsèque, que l'acte de Surenchère a été déclaré nul par l'arrêt attaqué; et il n'est ni vrai que, par cet arrêt, la cour d'appel de Paris ait adopté le motif que le tribunal de première instance avait tiré du fond pour annuler cet acte, ni exact de dire qu'elle eût dû, au moins, et sous peine de cassation, improuver ce motif.

» D'un autre côté, s'il y a excès de pouvoir dans l'arrêt attaqué, si l'arrêt attaqué a créé, comme on le prétend, une nullité non prononcée par la loi, ce ne peut être que parceque l'art. 832 du Code de procédure n'exigerait pas, à peine de nullité, que la caution offerte par le surenchérisseur, fût expressément nommée dans l'acte de Surenchère. Ainsi, le premier et le troisième moyen rentrent évidemment dans le second; et tout en paraissant en proposer trois, les demandeurs n'en proposent réellement qu'un.

» Renfermons-nous donc dans le deuxième moyen, et voyons si, comme on le prétend, la cour d'appel de Paris a tiré des art. 832 et 833 du Code de procédure, une conséquence qui répugne à leur texte.

» Ces articles ont été faits pour organiser le mode d'exécution de l'art. 2185 du Code civil, lequel porte : *Lorsque le nouveau propriétaire a fait cette notification dans le délai fixé, tout créancier dont le titre est inscrit, peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques, à la charge, 1° que cette réquisition sera signifiée au nouveau propriétaire* DANS QUARANTE JOURS, AU PLUS TARD, DE LA NOTIFICATION *faite à la requête de ce dernier.....; 2° qu'il* OFFRIRA DE DONNER CAUTION *jusqu'à concurrence du prix et des charges, le tout à peine de nullité.*

» Si cette disposition était encore en ce moment la seule loi de la matière, si le Code de procédure n'y avait rien ajouté, il est clair que le sieur Beaugrand en aurait littéralement rempli le vœu par l'offre contenue dans son acte de Surenchère, *de donner caution aux termes de la loi.*

» Mais le Code de procédure va plus loin : il ordonne, art. 832, que *l'acte de réquisition de mise aux enchères, contiendra*, à peine de nullité de la Surenchère, L'OFFRE DE LA CAUTION, *avec assignation à trois jours devant le même tribunal* pour la réception de ladite caution, *à laquelle il sera procédé sommairement.*

» Ici, comme vous le voyez, messieurs, la loi ne se borne pas à dire que le surenchérisseur *offrira*, par sa réquisition de mise aux enchères, *de donner caution* : il veut que la réquisition elle-même contienne l'*offre de la caution*; et ces mots, *la caution*, ne sont pas équivoques : ils désignent évidemment, non une caution que l'on se réserve de présenter, mais la caution que l'on présente réellement, la caution que l'on désigne par ses noms, prénoms, qualité et domicile.

» Ce qui, d'ailleurs, leverait au besoin

toute espèce de doute, c'est que la loi s'empresse d'ajouter : *Avec assignation à trois jours devant le même tribunal, pour la réception* DE LADITE CAUTION, *à laquelle il sera procédé sommairement.* Comment, en effet, pourrait-il être procédé, trois jours après, à la *réception de* LADITE CAUTION, si cette caution n'était pas indiquée par l'acte de Surenchère? Ne sait-on pas que toute *réception de caution* suppose une présentation nominale et préalable de la caution même, par un exploit particulier?

» Le Code de procédure renferme un titre exprès des *réceptions de caution;* et qu'y lisons-nous?

» *Le jugement qui ordonnera de fournir caution, fixera le délai dans lequel elle sera présentée, et celui dans lequel elle sera acceptée ou contestée.*

» *La caution sera présentée par exploit signifié à la partie, si elle n'a point d'avoué, et par acte d'avoué, si elle en a constitué, avec copie de l'acte de dépôt qui sera fait au greffe, des titres qui constatent la solvabilité de la caution.*

» *La partie pourra prendre au greffe communication des titres; si elle accepte la caution, elle le déclarera par un simple acte.... Si la partie conteste la caution....., l'audience sera poursuivie sur un simple acte.*

» *Les réceptions de cautions seront jugées sommairement.....*

» Dans toutes ces dispositions, on voit clairement que, pour satisfaire à un jugement qui ordonne de fournir une caution, il ne suffit pas de signifier un acte contenant l'offre de donner une caution quelconque, et assignation à bref délai pour faire recevoir celle qui sera présentée à l'audience; mais que, de toute nécessité, il faut désigner nominativement la caution par l'acte qui est signifié pour sa présentation, et que c'est d'après cette désignation nominative, que la partie se détermine à accepter ou à contester la caution offerte.

» Or, il en doit être de la caution fournie en exécution de l'art. 832 du Code de procédure, comme de la caution fournie en exécution d'un jugement. Le Code de procédure se sert, pour l'une, d'expressions qui correspondent parfaitement à celles qu'il emploie pour l'autre. On ne peut donc pas entendre celles-là autrement que celles-ci : c'est donc d'une caution nominativement offerte que doit être entendu l'art. 832. L'arrêt attaqué a donc fait de l'art. 832 une juste application.

» Pour mettre ceci dans un nouveau jour, permettez-nous, messieurs, de faire une supposition.

» L'art. 1673 du Code civil porte que *le vendeur qui use du pacte de rachat, doit rembourser le prix principal, les frais et loyaux coûts de la vente*, etc. Supposons que, par une disposition organique de cet article, le Code de procédure ait ajouté que, par l'exploit de demande en rachat, le vendeur doit, à peine de nullité, *offrir le prix principal, les frais et les loyaux coûts de la vente;* suffirait-il, dans cette hypothèse, que le vendeur, en formant sa demande, déclarât, par son exploit, qu'il *offre de rembourser le prix principal, les frais et les loyaux coûts?* Non, sans doute. L'offre de rembourser le prix principal, les frais et les loyaux coûts, n'équipollerait, ni quant aux termes, ni quant à l'effet, à l'offre du prix, des frais et des loyaux coûts eux-mêmes. L'offre du prix, des frais et des loyaux coûts devrait consister dans la présentation réelle de la somme à laquelle le prix, les frais et les loyaux coûts s'éleveraient; et certainement, il y aurait loin d'une simple offre de les rembourser à une telle présentation.

» Eh bien! C'est ici la même chose; il y a entre l'offre de donner caution et l'offre de la caution qui doit être donnée, la même différence qui, dans la supposition que nous venons de faire, se trouverait entre l'offre de rembourser une somme d'argent et la présentation réelle de cette somme.

» Il ne faut pas croire au surplus que le législateur n'ait pas eu de puissans motifs pour rectifier, par l'art. 832 du Code de procédure, ce qu'il avait laissé de vague dans l'art. 2185 du Code civil, et soumettre le surenchérisseur à la nécessité de désigner, par l'acte de Surenchère, la personne qu'il offrirait pour caution.

» Le législateur a dû considérer que ce qui importe le plus dans les sortes de matières, c'est la célérité, qui, en effet, est le seul moyen de parer au plus grave de tous les inconvéniens, celui de laisser les propriétés trop long-temps incertaines. Or, cette célérité, l'aurait-on obtenue, s'il n'eût pas exigé que l'acte de Surenchère contînt la désignation nominative de la caution offerte? Non, évidemment non. L'acquéreur qui ne trouverait pas dans l'acte de Surenchère, la désignation nominative de la caution, ne pourrait pas, avant l'audience à laquelle il serait assigné, prendre des renseignemens sur sa solvabilité, il serait forcé à l'audience de requérir un délai pour s'en informer; et de là, de

longueurs aussi inévitables qu'elles seraient contraires aux vues d'une bonne législation. Au lieu que, si vous supposez le surenchérisseur obligé de désigner la caution dans son acte de Surenchère, tout marche avec une grande et salutaire rapidité : l'acquéreur averti, dès le premier pas, que telle personne lui est offerte pour caution, a, pour s'informer de sa solvabilité, tout l'intervalle de la signification de l'acte au jour d'audience; et ce jour venu, il peut, sans délai ultérieur, accepter la caution offerte ou la contester.

» Voilà, n'en doutons pas, ce qui a motivé la disposition de l'art. 832; et c'est assez dire que cet article a été aussi bien entendu que bien appliqué par l'arrêt de la cour d'appel de Paris, du 2 avril 1808.

» Nous estimons en conséquence, qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs, et de les condamner à l'amende ».

Par arrêt du 4 janvier 1809, au rapport de M. Pajon,

« Attendu 1° que les trois ouvertures de cassation proposées se réduisent évidemment à la seule prétendue fausse interprétation de l'art. 832 du Code de procédure;

» Attendu 2° que cet article n'ayant pour objet que de déterminer le mode d'exécution du droit de Surenchère établi par l'art. 2185 du Code civil, il s'ensuit que c'est dans cet article seul du Code de procédure, qu'il faut rechercher l'intention du législateur, et non dans ceux du même Code, qui ne sont relatifs qu'aux cautions à donner pour l'exécution des jugemens;

» Attendu 3° qu'il y a évidemment cette différence remarquable entre cet article et celui du Code civil, que le premier s'était contenté d'ordonner que le surenchérisseur offrît de donner caution, tandis que celui du Code de procédure exige l'offre même de la caution, ce qui suppose nécessairement qu'elle doit être désignée par l'acte de réquisition de la Surenchère;

» Attendu 4° que cette interprétation paraît d'autant plus conforme au sens de cet art. 832, qu'après avoir exigé cette offre dans l'acte de Surenchère, il est ajouté qu'il contiendra en même temps assignation à trois jours pour la réception de *ladite* caution, ce qui suppose non moins évidemment qu'elle doit lui être connue au moment même de cette assignation, et par conséquent encore désignée dans l'acte qui la contient;

» De tout quoi il résulte que l'arrêt attaqué, en déclarant nulle la réquisition d'enchère dont il s'agissait, faute d'y avoir désigné la personne de la caution offerte par le surenchérisseur, n'a fait qu'une juste application dudit art. 832 du Code de procédure, et n'a violé, en le décidant ainsi, aucune autre loi de la matière;

» La cour rejette le pourvoi.... »

III². 1° Lorsqu'un immeuble a été vendu en justice, moyennant une somme déterminée, et à la charge de payer les droits et les frais dus à des avoués pour des procédures antérieures, suffit-il au surenchérisseur d'offrir le dixième en sus de la somme déterminée, ou doit-il également offrir le dixième en sus des droits et des frais dus aux avoués?

2° Lorsqu'un immeuble a été vendu moyennant une somme déterminée, et à la charge de supporter une rente foncière dont cet immeuble est grevé, suffit-il au surenchérisseur d'offrir le dixième en sus de la somme déterminée, ou doit-il également offrir le dixième en sus du capital de la rente?

3° Dans l'un et l'autre cas, le surenchérisseur est-il dispensé d'offrir le dixième en sus de la charge qui fait partie du prix, par la circonstance que l'acquéreur, en lui notifiant l'extrait de son contrat de vente, n'y a pas énoncé que le prix se composait en partie de cette charge, et s'est contenté d'y comprendre cette charge avec d'autres, qui ne font point partie du prix?

La première de ces questions s'est présentée dans l'espèce suivante :

Le 27 messidor an 13, jugement du tribunal de première instance du département de la Seine, qui, d'accord entre les sieurs et dame d'Héricy, héritiers bénéficiaires des sieur et dame de Boisgelin, le sieur Lameville, légataire de la dame de Boisgelin, et la dame Courtin, se prétendant propriétaires de la terre de Chaumont-en-Porcien, et pour faire cesser des contestations qui les divisaient depuis long-temps, ordonne que la terre de Chaumont sera vendue sur publications, à l'audience des criées de ce tribunal, compense les dépens, et autorise les parties à les employer en frais de vente, ainsi que tous ceux qui avaient été faits entr'elles dans les divers tribunaux où elles avaient plaidé.

Les publications faites en exécution de ce jugement, la terre de Chaumont est mise aux enchères; et il est dit par le cahier des charges, que l'adjudicataire sera tenu de payer, en sus du prix principal, les frais de poursuite fixés à cinq centimes par franc de ce prix; 1° 1657 francs à Me Ducrot, 2° 1207 francs à Me Duvergier; 3° 2069 francs à Me Glandaz, pour les dépens que le jugement du 27 messidor an 13

avait permis d'employer en frais de ventes, et dont ces trois avoués avaient obtenu la distraction.

Le 4 brumaire an 14, les sieurs Vignon et Guillaume se rendent adjudicataires, moyennant 1° 100,100 francs; 2° les cinq centimes pour franc; 3° les trois sommes déléguées aux trois avoués.

Le 13 février 1806, ils font notifier leur adjudication aux créanciers inscrits.

Le 26 mars suivant, le sieur Papillon, cessionnaire de l'un de ces créanciers, fait au greffe un acte de Surenchère, par lequel il offre de payer 10,010 francs en sus du prix de l'adjudication.

Les sieurs Vignon et Guillaume demandent la nullité de cette Surenchère : il est vrai, disent-ils, qu'elle contient l'offre du dixième en sus du prix principal, mais elle ne contient pas l'offre du dixième en sus des droits et des frais qui font partie intégrante de ce prix.

Le 12 août 1807, jugement du tribunal de première instance de Rhétel, qui rejette cette demande, « attendu que les droits et les frais » dus aux avoués, sont des charges étrangères » au prix ».

Les sieurs Vignon et Guillaume appellent de ce jugement. Le sieur Bajot d'Argensol se présente pour défendre à leur appel, comme cessionnaire du sieur Papillon.

Le 22 mars 1809, arrêt de la cour d'appel de Metz qui, « adoptant les motifs des premiers » juges, met l'appellation au néant ».

Recours en cassation de la part des sieurs Vignon et Guillaume. Voici la substance de leurs moyens :

« L'art. 2185 du Code civil porte : *Tout créancier..... peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères, à la charge qu'elle contiendra soumission du requérant, de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat.*

» Le prix de l'adjudication faite aux sieurs Vignon et Guillaume, s'est composé de trois élémens : 1° de 100,100 francs, dernière enchère, 2° de 5005 francs 50 centimes, pour les cinq centimes du prix, dont l'adjudicataire a été chargé à titre d'indemnité des frais de poursuite; 3° de 5034 francs 32 centimes, délégués aux trois avoués, de la dame Courtin, du sieur Lameville, et de la dame d'Héricy, par suite des conventions faites entre ces trois parties, pour paiement de tous les frais dus par elles à leurs avoués, par suite des contestations qu'elles avaient eues ensemble, tant à Réthel qu'à Paris, et sur lesquelles elles finirent par s'accorder.

» Dans cet ordre de lois et de faits, deux points sont également constans, l'un en droit, l'autre en fait.

» Le point de droit, c'est que la Surenchère, sous peine de nullité, a dû contenir l'offre de tout le dixième du prix.

» Le point de fait, c'est que Papillon, cédant du sieur Bajot d'Argensol, n'a offert que 10,010 francs, en sorte que, si, en rapprochant le fait du droit, les 10,010 francs ne forment pas le dixième entier du prix, la Surenchère est nulle.

» Or, il est facile de voir qu'ils ne forment pas le dixième du prix.

» Puisque le prix se compose de trois élémens, savoir, 1° de la dernière enchère, 100,100 francs, 2° des cinq centimes pour franc, 5005 francs, 3° des 5034 francs 32 centimes, délégués aux avoués, il est clair, par l'addition, que le prix est de plus de 100,100 francs; et que par conséquent l'enchère de 10,010 francs, est insuffisante.

» Le sieur Bajot d'Argensol ne nie pas que 10,010 francs soient moins que le dixième du prix composé des trois élémens. Mais de ces trois élémens, il retranche les deux derniers, comme n'étant pas parties intégrantes du prix, mais des charges au-delà du prix. Dans ce système, les 5034 francs 32 centimes payés aux avoués par l'acquéreur, en conséquence des ordres du vendeur, et les 5005 francs, également payés pour indemnité des frais de vente, sur la quittance de Me Ducrot, avoué de la dame Courtin, sont, dit-on, indépendans du prix; ce sont des charges, des loyaux-coûts, qui ne doivent entrer pour rien dans la considération, ni du prix réel, ni du dixième de ce prix, que doit offrir la Surenchère.

» Pour répondre à cette subtilité, il suffit de définir le prix en général, de voir si, en substance, les trois élémens dont il est question, sont des charges étrangères au prix, ou des parties intégrantes du prix; et enfin d'examiner ce que les parties y ont entendu elles-mêmes, d'après les expressions qu'elles ont employées.

» Qu'est-ce que, dans une vente, en général, on doit comprendre par *prix?*

» Le prix d'une vente est *tout* ce que le vendeur reçoit de l'acquéreur en échange de la chose qu'il lui vend; c'est toute la somme d'argent que sous une dénomination ou sous une autre, l'acquéreur tire *de sa poche*, pour la faire entrer dans celle du vendeur.

» Ainsi, ce que l'acquéreur paie pour les droits d'enregistrement, pour les frais de transcription, et, en un mot, pour tout ce qui, sans convention, est à la charge de l'ac-

quéreur, ne fait point partie du prix, parceque toutes ces dépenses faites à l'occasion de la vente, ne sont rien qui profite au vendeur, rien qui entre dans sa fortune, rien qui lui fasse profit ou économie, rien enfin dont il devienne plus riche.

» Mais que la somme qu'on paie au vendeur, pour la vente, soit en bloc ou morcelée; qu'elle reçoive des appellations ou des destinations différentes, suivant les fractions qu'elle contient; qu'une partie soit appelée prix proprement dit, et une autre partie *pot-de-vin;* qu'une partie aille directement et sans milieu dans la poche du vendeur; qu'une partie soit déléguée à ses créanciers; qu'une partie soit employée à acquitter une dépense qu'il serait obligé de faire, il est bien évident que tout l'argent ainsi distribué à l'avantage du vendeur, est *prix*.

» Réalisons ceci par quelques exemples.

» Un propriétaire doit deux mille écus à quelqu'un; il veut vendre, pour payer cette dette, un bien qui vaut 16,000 francs; il le vend moyennant 10,000 francs pour lui, et de plus, à condition que l'acquéreur paiera à tel créancier 6000 francs qui lui sont dus : les 6000 francs font évidemment partie intégrante du prix; tout doute à cet égard serait même contraire aux premières notions du sens commun.

» Un autre propriétaire n'a pas de dettes; il veut néanmoins vendre un domaine. Pour faire connaître ce projet, il faut des affiches, des publications, des entremetteurs, et toutes les dépenses qu'entraînent ces préliminaires. Après qu'il a fait ces dépenses, il veut que l'acquéreur les lui rembourse; et il charge par le contrat de vente, son acquéreur de lui payer telle somme, et de plus, le montant de toutes ses dépenses, dont il justifiera, ou dont on fait sur-le-champ un abonnement. Il fait donc entrer dans sa bourse, par l'événement de la vente, soit comme paiement, soit comme remboursement, la totalité des deniers employés à ce double objet; d'où il suit que la partie des deniers employés à lui rembourser ses dépenses est elle-même partie intégrante du prix, c'est-à-dire, la représentation de la valeur de l'immeuble; car l'acquéreur ne les donnerait pas, s'il ne pensait qu'il en retrouvera l'équivalent dans l'immeuble lui-même.

» Ces divers exemples suffisent à prouver la justesse de la définition du prix, réduite à ces termes, que le prix *est tout ce que* le vendeur *reçoit en échange* de la propriété.

» En appliquant cette définition à l'espèce, on voit tout de suite ce qu'il faut appeler *prix*. Les sieurs Vignon et Guillaume ont stipulé qu'ils paieraient 100,100 francs, plus 5005 francs pour les frais de vente supposés déboursés par le vendeur et abonnés à cette somme; plus 5034 francs 32 centimes pour les frais dus par la dame Courtin aux trois avoués. Mais est-ce qu'il est possible de ne pas voir qu'en substance ces trois sommes réunies forment le prix total de l'immeuble? Les acquéreurs en ont évidemment calculé la valeur, pour savoir ce qu'ils en pourraient donner. De ce calcul il est résulté que l'immeuble valait, selon eux, 110,139 francs 32 centimes. Voilà ce qu'ils ont bien voulu payer au vendeur. Il convenait à ce vendeur qu'on donnât sur ce prix 5005 francs à son propre avoué, à qui il les devait pour les frais de vente, et 5034 francs 32 centimes à trois autres avoués à qui il les devait pour d'autres causes. Soit. Il importait fort peu aux acquéreurs de payer à Pierre ou à Jacques, pourvu qu'ils ne payassent que 110,139 francs à quoi ils estimaient l'immeuble. Ils ont donc laissé morceler ce prix comme le vendeur l'a voulu; mais tout ce qu'ils ont payé, n'en est pas moins en substance le prix.

» Et le raisonnement vrai pour tout, est principalement vrai pour les 5,034 francs 32 centimes payés aux trois avoués; car quand on voudrait, à propos des 5,005 francs payés pour rembourser au vendeur ses frais de vente, se réfugier dans cette subtilité, que c'était une sorte de loyaux-coûts, parceque ces frais faits à l'occasion de la vente, ne laissant en résultat rien dans la bourse du vendeur, ne représenteraient pas à son égard une portion de prix, comme si ce n'était pas un vrai produit d'une vente que l'argent avec lequel on se couvre des dépenses que l'on a faites pour mieux vendre, cette subtilité n'aurait plus même de prétexte auquel se prendre, quand il s'agit des 5,034 francs 32 centimes délégués aux trois avoués. La dame Courtin, les sieur et dame d'Héricy, et le sieur Lameville avaient plaidé ensemble. Tout le monde avait fait des frais. On se rapproche. On transige. Le prix de paix, la condition de la transaction, est que la dame Courtin paiera les frais de tout le monde, sur le prix de la vente à faire. Elle y consent. En conséquence, on charge l'adjudicataire de payer ces frais en l'acquit de madame Courtin. Qu'on les ait appelés, si l'on veut, des frais de vente, est-ce que c'en étaient véritablement? Est-ce que ce n'étaient pas des frais très-étrangers à la vente judiciaire? Est-ce que ces frais, que, par transaction, la dame Courtin consentait à supporter, n'étaient pas une dette qu'elle s'imposait? Et quand les acquéreurs ont été chargés de l'acquitter de cette dette, est-ce que la somme

par eux employée à payer cette dette, n'a pas fait partie élémentaire du prix, moyennant lequel ils acquéraient ?

» Ces trois élémens ont donc été substantiellement parties du prix.

» Mais les parties les ont ainsi dénommés elles-mêmes ; et pour ne raisonner que sur la partie du prix la plus susceptible d'une controverse de cette nature, c'est-à-dire, sur les cinq centimes par franc, voici ce qu'on lit dans la cinquième clause de l'enchère, mise au greffe, pour parvenir à la vente judiciaire du domaine : *Dans la huitaine de l'adjudication, chaque adjudicataire sera tenu de payer.... à Me Ducrot, avoué, les frais de poursuite..... fixés à 5 centimes par franc du prix principal, sans pouvoir exiger la taxe des frais, ladite fixation faisant partie du principal.....*

» On ne fait pas remarquer cette expression de *prix principal*, expression qui revient encore pour les sommes déléguées aux trois avoués, expression qui prouve qu'outre le prix principal, il y avait donc d'autres prix accessoires, qui n'en étaient pas moins des prix, ou plutôt des portions de prix ; expression qui alors suffisait bien pour signifier, que les parties comprenaient que le prix se divisait en plusieurs portions. Mais ce qu'il est impossible de ne pas faire observer, c'est que les parties déclarent elles-mêmes que ce ne sont pas de simples frais de vente, qui sont abonnés à 5 centimes; que ces 5 centimes font partie *du prix;* qu'ainsi, il ne sera pas question de taxe, ce qui ne veut pas dire, comme personne ne l'ignore, que l'avoué ne sera pas soumis à la taxe, mais que ce qui excédera la taxe entrera dans la bourse du vendeur.

» Cela étant, et puisque les parties elles-mêmes ont déclaré que ces diverses additions, au prix principal, en faisaient partie, toute controverse est tarie. Le surenchérisseur n'a pas pu ignorer que ces additions étaient des élémens du prix. S'il n'a pas pu l'ignorer, il a dû en offrir le dixième ».

Sur ces moyens, inutilement combattus par le sieur Bujot d'Argensol, arrêt du 15 mai 1811, au rapport de M. Babille, par lequel,

« Vu les art. 2183 et 2185 du Code civil ;

» Et attendu que de la combinaison de ces deux articles il résulte que l'obligation imposée par l'enchère de Vignon et Guillaume de payer, d'une part, à l'avoué poursuivant, cinq pour cent du prix de l'adjudication qui, porté à 100,100 francs, s'élevait à 5,005 francs, et de l'autre, aux trois avoués dénommés dans l'enchère, les frais à eux adjugés le 27 messidor an 13, et taxés depuis 5,034 francs, était une charge faisant partie du prix de l'adjudication, et qu'ainsi, ces deux sommes formaient un seul et même prix avec les 100,100 francs ;

» Que Papillon, qui, comme créancier inscrit, avait requis la mise aux enchères des immeubles adjugés à Vignon et Guillaume, devait offrir en conséquence le dixième en sus, non-seulement de ces 100,100 francs, *mais encore de ces deux sommes montant* entr'elles à 10,039 francs ;

» Qu'ayant borné sa Surenchère au dixième en sus de ces 100,100 francs, sans y comprendre les deux sommes pour un pareil dixième, sa Surenchère était insuffisante et nulle ;

» Et qu'en la tenant au contraire pour suffisante et valable, l'arrêt attaqué a évidemment violé la disposition des articles précités ;

» La cour casse et annulle l'arrêt rendu le 22 mars 1809, par la cour d'appel de Metz, remet les parties au même état qu'avant cet arrêt, les renvoie devant la cour de Nancy ». ».

Quant à la deuxième question, voici un arrêt qui la décide formellement.

Le 16 mars 1737, Jean-Antoine Randon concède à Jean-Laurent Tessier, par bail à locatairie perpétuelle, quelques pièces de terre, une maison et deux moulins dont l'un à blé et l'autre à foulon ; « le tout, moyennant la » prestation foncière, annuelle et perpétuelle » de 35 francs, remboursable en un seul ou en » plusieurs paiemens, et de plus, à la charge, » pendant que ladite rente subsistera, de fournir au bailleur une partie des cendres de la » cuve de foulon, et dix livres de poisson ».

Le 14 septembre 1807, Laurent-Samuel Teissier, neveu et héritier de Jean-Laurent Teissier, vend ces propriétés à Pierre Privat, « 1° moyennant la somme de 3,000 » francs, 2° à la charge de payer aux représentans d'Antoine Randon les prestations » stipulées par le bail à locatairie perpétuelle, du 16 mars 1737, lesquelles sont » évaluées à la somme de 2,000 francs, si » mieux il n'aime les rembourser ».

François Bonfils, créancier inscrit de Laurent-Samuel Teissier, requiert la mise aux enchères des objets cédés au sieur Privat ; et à cet effet, il offre « de porter ou faire » porter le prix à 3,300 francs, et de plus, » d'acquitter ou de racheter les redevances » servies aux héritiers Randon ».

Le sieur Privat soutient que cette Suren-

chère est nulle, parceque le sieur Bonfils n'a pas offert le dixième en sus des 2,000 francs, auxquels sont évaluées, par le contrat, les prestations qui forment une partie intégrante du prix de la cession.

Le 12 janvier 1809, arrêt de la cour d'appel de Nismes qui décide, en confirmant un jugement du tribunal de première instance d'Alais, « que ces prestations ne font point » partie du prix du contrat, et que, par con» séquent, l'offre est suffisante, et la mise » aux enchères valable ».

Mais le sieur Privat se pourvoit en cassation, et par arrêt du 25 novembre 1811, au rapport de M. Ruperou,

« Vu le §. 2 de l'art. 2185 du Code civil;

» Attendu que ce qui *constitue essentiellement le prix de la vente* d'un immeuble, c'est tout ce que l'acquéreur est obligé de payer, pour profiter, de quelque manière que ce soit, au vendeur ou à ses créanciers;

» Attendu qu'aujourd'hui la rente foncière, devenue meuble et rachetable, ne pouvant plus être conservée que par l'effet de son inscription au bureau des hypothèques, il s'ensuit que l'obligation que contracte l'acquéreur de l'acquitter ou de la rembourser, fait essentiellement partie du prix de la vente, puisque, d'un côté, il l'acquitte ou la rembourse à la décharge du vendeur; et que, de l'autre, le capital de cette rente peut éventuellement profiter aux créanciers de ce dernier, si celui à qui elle est due, ou a négligé de la faire inscrire, ou l'a fait inscrire trop tard, soit pour conserver son privilége, soit pour obtenir une collocation utile;

» Attendu, dans l'espèce, 1° qu'il y a eu évidemment transport de la propriété de l'immeuble dont il s'agit au profit de Privat, et que la rente dont il a été chargé, était une rente foncière, puisque la loi du 18-29 décembre 1790, a assimilé le bail à locatairie perpétuelle au bail à rente;

» 2° Que, d'après les principes certains qu'on vient de rappeler, l'obligation imposée à Privat d'acquitter ou de rembourser cette rente, faisait partie du prix de son contrat;

» D'où il résulte que Bonfils, en requérant la mise aux enchères, devait, aux termes de la disposition sus-référée de l'art. 2185 du Code civil, faire sa soumission de payer le dixième en sus du capital de ladite rente, et que l'arrêt attaqué, pour avoir jugé le contraire, a violé cette disposition;

» Par ces motifs, la cour, *vidant le partage d'opinions prononcé à l'audience du 19 août dernier*, casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Nismes, du 12 janvier 1809..... ».

La troisième question s'est élevée à la suite de la première et dans le même procès.

Par l'arrêt de cassation du 15 mai 1811, l'appel interjeté par les sieur Vignon et Guillaume, du jugement qui avait accueilli la Surenchère du sieur Papillon, représenté par le sieur Bajot d'Argensol, a été renvoyé à la cour d'appel de Nancy, pour y être jugé de nouveau.

Le 23 décembre 1812, arrêt par lequel, cette cour, sans s'occuper de la question qui avait été l'objet de l'arrêt de la cour d'appel de Metz, et en réduisant la constestation au seul point de savoir si les sieurs Vignon et Guillaume avaient mis le sieur Papillon *en situation de connaître la disposition qui rangeait les charges de la vente sur la même ligne que le prix principal, et qui l'assujétissait à offrir le dixième de celle-ci, comme faisant partie du prix de la vente*, déclare que l'acte de notification signifié par les sieurs Vignon et Guillaume, « a été *subreptice*, en ce qu'après avoir affecté d'y énoncer toutes les charges de l'adjudication, les sieurs Guillaume et Vignon ont omis d'y spécifier les charges faisant partie du prix et de les confondre avec les charges communes; que cet acte a été ainsi rédigé dans la vue d'induire les créanciers inscrits en erreur, en ce que l'art. 2183 du Code civil n'obligeant l'adjudicataire qu'à dénommer, dans l'extrait qu'il notifie, le prix principal de l'adjudication, avec les charges faisant partie du prix, les sieurs Guillaume et Vignon ont encore affecté d'ajouter les autres charges à leur acte de notification, et, par là, ils ont excédé les obligations que leur imposait l'art. 2183; qu'ils ne se sont livrés à cette addition surabondante, que dans la vue d'induire les créanciers en erreur, et dans une intention doleuse »; en conséquence, met l'appellation au néant, et confirme le jugement du tribunal de première instance de Rhétel.

Nouveau recours en cassation de la part des sieurs Vignon et Guillaume (1); et le 2 novembre 1813, arrêt, au rapport de M. Cochard, par lequel,

« Vu les art. 2185 et 2183 du Code civil;

» Et attendu qu'il est constaté, en fait, que l'acte de notification, signifié à la requête des sieurs Vignon et Guillaume, à tous

(1) *V.* l'article *Cassation*: §. 7, n° 3.

les créanciers inscrits, contenait l'énumération spécifique de toutes les charges de l'adjudication qui leur avait été faite du domaine de Chaumont-en-Porcien, et comprenait conséquemment les charges faisant partie du prix, comme les autres charges ordinaires de l'adjudication; et qu'en décidant que ladite notification était subreptice, en ce qu'elle n'avait pas ajouté que la double charge imposée aux adjudicataires, de payer 1° les cinq centimes par franc du prix de l'adjudication; 2° la somme de 5,034 francs 32 centimes pour frais de l'instance terminée par le jugement du tribunal civil de la Seine, du 27 messidor an 13, faisait partie du prix principal de l'adjudication, l'arrêt dénoncé n'a pu donner audit acte de notification une pareille qualification, qu'en supposant que l'art. 2183 imposait aux adjudicataires, qui avaient annoncé toutes les charges, l'obligation de distinguer, parmi ces charges, celles qui faisaient partie du prix, et de les désigner spécialement en cette qualité; mais que l'art. 2183 oblige seulement les acquéreurs à comprendre dans l'extrait par eux notifié aux créanciers inscrits, les charges faisant partie seulement du prix de la vente, et que les acquéreurs ont évidemment satisfait à cette obligation, en comprenant dans l'extrait notifié toutes les charges de la vente, parmi lesquelles se trouvent nécessairement celles qui font partie du prix, et que, d'après cette notification, les créanciers qui veulent surenchérir, ayant tous les moyens de vérifier quelles sont celles des charges indiquées qui font partie du prix de la vente, pour régler en conséquence la soumission qu'ils doivent faire aux termes de l'art. 2185, ont seuls à s'imputer de ne l'avoir pas fait;

» D'où il suit que l'arrêt dénoncé a non-seulement fait une fausse interprétation de l'art. 2183, mais encore lui a donné une extension arbitraire, et que par suite, en décidant que l'enchère faite par le défendeur, était valable, quoiqu'elle ne contienne pas la soumission de porter ou faire porter le prix de l'adjudication à un dixième en sus du montant des charges faisant partie du prix, qui leur avaient été notifiées, ledit arrêt a formellement violé la disposition dudit art. 2185;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».

III³. 1° L'exploit de notification d'une Surenchère est-il sujet aux mêmes formalités que les exploits d'ajournement?

2° Lorsque deux personnes demeurant ensemble ont acquis un immeuble conjointement et par indivis, avec obligation solidaire d'en payer le prix, et qu'elles ont notifié leur contrat par un seul et même exploit, le créancier qui veut surenchérir, peut-il également leur notifier sa Surenchère par un seul et même exploit, et en n'en délivrant copie qu'à l'une d'elles?

3° Que doit-on décider à cet égard, lorsque ces deux personnes sont mari et femme, mais non communs en biens;

4° L'acte de Surenchère est-il nul, si, étant fait par un créancier inscrit tant en son nom qu'en celui de deux autres créanciers inscrits dont il se dit fondé de pouvoir, il ne contient pas un extrait des procurations de ceux-ci?

5° L'acte de Surenchère est-il nul, si, après avoir énoncé dans son préambule un prix inférieur à celui qui est porté dans le contrat d'acquisition, il est terminé par l'offre d'un *dixième en sus du prix exprimé dans ce contrat?*

Le 10 messidor an 13, acte notarié par lequel, les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt, séparés de biens par leur contrat de mariage et demeurant ensemble, acquièrent en commun, du sieur Gossey, le domaine de Livarot, avec obligation solidaire d'en payer le prix fixé à 255,000 francs.

Après avoir fait inscrire ce contrat, les acquéreurs, se qualifiant d'époux séparés de biens, le font notifier *conjointement* aux créanciers inscrits, dans la forme et avec les offres déterminées par l'art. 2183 du Code civil.

Le 8 brumaire an 14, le sieur Duval de Brunville, l'un des créanciers inscrits, tant en son nom que comme fondé de pouvoir des sieurs Colombel, frères, fait signifier aux sieur et dame Le Marchant de Gomicourt, par un seul et même exploit, un acte par lequel il déclare *surenchérir le domaine de Livarot, acquis moyennant* 250,000 *francs, à un dixième en sus du prix exprimé au contrat.*

L'exploit leur est notifié à leur domicile commun, *parlant au sieur Le Marchant de Gomicourt;* et il est terminé par ces mots: *exploit délivré parlant comme dessus.*

Le 9 frimaire suivant, les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt font notifier au sieur Duval de Brunville, un seul et même exploit, par lequel ils protestent de nullité contre cet acte, et cependant requièrent copie des procurations des sieurs Colombel.

Ils se pourvoient ensuite devant le tribunal de première instance de Lisieux, pour faire

déclarer cet acte nul; et ils se fondent « 1° sur » ce que la réquisition de mise aux enchères » ne leur avait été notifiée que par un seul et » même acte, quoiqu'ils n'eussent acquis con- » jointement le domaine vendu, que dans » leur intérêt personnel; 2° sur le défaut de » signification des procurations des sieurs » Colombel; 3° sur l'insuffisance de l'offre ».

Le 26 août 1806, jugement qui, « sans » avoir égard aux nullités proposées, autorise » le sieur Duval de Brunville à poursuivre » l'effet de sa Surenchère ».

Appel; et le 3 mars 1808, arrêt par lequel, après un partage d'opinions,

« Attendu qu'encore bien qu'il y ait deux acquéreurs du domaine de Livarot, il n'y a cependant qu'un seul contrat de vente; que les sieur et dame Le Marchant figurent dans ce contrat sous la qualité d'acquéreurs conjoints et solidaires;

» Attendu qu'en le notifiant à chacun des créanciers inscrits, ils l'ont fait par un seul et même exploit, sous la qualité d'acquéreurs conjoints, et que, dans cette notification, dans laquelle le mari autorise spécialement son épouse, l'on n'indique qu'un seul domicile pour l'un et pour l'autre;

» Que, dans de pareilles circonstances, le sieur Duval de Brunville, en notifiant aux sieur et dame Le Marchant sa réquisition de mise aux enchères, a fait tout ce qu'il devait; qu'interpellé par une seule signification, il n'a pu répondre que par une seule signification; que d'ailleurs, sur la réquisition de mise aux enchères signifiée par le sieur Duval, il lui a été fait une interpellation, de la part des sieur et dame Le Marchant, à la date du 9 frimaire an 14; que cette interpellation est faite de la même manière que l'avait été leur notification, c'est-à-dire, en nom collectif et conjoint; et que cette circonstance suffisait seule pour dissiper toute espèce de doute;

» En ce qui touche le second moyen, attendu que, quoique la signification du sieur de Brunville n'énonce qu'un prix moindre que celui du contrat, ce ne peut être un motif pour annuler sa réquisition, si d'ailleurs il a satisfait au vœu de l'art. 2185 du Code civil; que le vœu de cet article se trouve en effet rempli, puisqu'indépendamment de l'énonciation fautive, incomplète et bien inutile du prix numérique du contrat, l'on trouve dans la signification la soumission expresse de surenchérir du dixième le prix exprimé au contrat;

» Attendu qu'en admettant que le sieur de Brunville ait fait la réquisition de Surenchère tant en son nom personnel qu'en celui des sieurs Colombel, le défaut de justification de pouvoirs de la part de ceux-ci ne pourrait être un motif pour invalider cette réquisition, qu'autant que ledit sieur de Brunville ne serait pas créancier lui-même; qu'à cet égard, sa qualité est constante: qu'il est réellement créancier; que l'objection qui consiste à dire que le sieur Duval n'étant que pour un tiers dans la réquisition, d'après la manière dont elle est faite, la garantie des acquéreurs se trouve réduite des deux tiers, cette objection est sans valeur et sans force, si l'on réfléchit que la caution est offerte pour le tout;

» La cour (d'appel de Caen) met l'appellation au néant.... ».

Les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et fondent leur recours sur les trois moyens de nullité qu'ils ont employés tant en première instance qu'en cause d'appel.

Le 12 mars 1810, arrêt, au rapport de M. Cochard, par lequel,

« Attendu 1° que, bien que le domaine de Livarot ait été acquis par les sieur et dame de Gomicourt conjointement, il n'en est pas moins vrai que cette dame était devenue, par cette acquisition, propriétaire pour moitié d'icelui; que l'art. 2185 du Code civil exige impérieusement que le créancier inscrit qui veut user du bénéfice de la Surenchère, fasse notifier l'acte qui en contient la soumission de sa part, au nouveau propriétaire, ce qui imposait au sieur Duval de Brunville, qui agissait en cette qualité, l'obligation indispensable de faire cette notification à la personne de ladite dame Le Marchant de Gomicourt, de la même manière qu'elle avait été faite à son mari;

» Attendu 2° que, *dans le fait*, l'acte portant soumission de Surenchère de la part dudit sieur Duval, sous la date du 8 brumaire de l'an 14, n'a été notifié à ladite dame que par une seule copie, tant pour elle que pour son mari; et qu'une pareille notification dans cette forme, était d'autant plus irrégulière, qu'elle s'était mariée en état de séparation de biens avec son mari; que le sieur Duval de Brunville pouvait d'autant moins l'ignorer, que cette qualité se trouvait disertement énoncée dans le contrat d'acquisition qui lui avait été signifié;

» Attendu 3° que l'obligation solidaire, stipulée par ledit contrat en faveur du vendeur, ne pouvait dispenser le tiers créancier, inscrit et surenchérisseur, de la rigoureuse observation de cette forme, soit parceque cette obligation solidaire était strictement

limitée au paiement du prix du domaine de Livarot, dans la supposition toutefois où il restât entre les mains des premiers acquéreurs; soit parceque la soumission de Surenchère annonçait l'exécution d'une action tendante à la résolution du premier contrat de vente dans l'intérêt des premiers acquéreurs; d'où il suit que la solidarité stipulée devenait tout-à-fait étrangère au créancier surenchérisseur, qui devait toujours considérer les acquéreurs comme ayant chacun des *intérêts et des droits distincts et séparés* dans l'objet vendu;

» Attendu 4° que la notification de la transcription du contrat d'acquisition au bureau des hypothèques établi à Lizieux, quoique faite au sieur Duval de Brunville, à la requête des sieur et dame Le Marchant de Gomicourt, par un seul et même acte, ne pouvait autoriser celui-là à leur faire signifier de la même manière son acte de Soumission de Surenchère; parcequ'à son égard, il lui suffisait que les acquéreurs se conformassent, pour régulariser la notification qu'ils lui faisaient, à ce qui leur était prescrit par l'art. 2183 du Code civil, ce à quoi ils avaient pleinement satisfait par leur acte signifié le 30 fructidor de l'an 13; tandis au contraire que le sieur Duval de Brunville ne pouvait remplir le vœu de l'art. 2185, et celui de l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667, qui exige que tous exploits d'ajournement soient signifiés à personne ou domicile, qu'en faisant notifier par une copie séparée à ladite dame Le Marchant de Gomicourt, séparée de biens d'avec son mari, son acte de soumission de Surenchère;

» Attendu enfin, qu'en se contentant de la signification d'un seul acte, tant pour le mari que pour la femme, il a également contrevenu, soit audit art. 2185 du Code civil, soit à l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667; et que l'arrêt attaqué, en adoptant une signification aussi irrégulière, s'est rendu propre cette double contravention;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ».

En exécution de cet arrêt, l'affaire est reportée devant la cour d'appel de Paris.

Et là, après un nouveau partage, il intervient, le 18 janvier 1812, les trois chambres civiles assemblées, et contre les conclusions du ministère public, un arrêt qui,

« Attendu que la déclaration de Surenchère, notifiée le 8 brumaire an 14, contient l'offre du dixième en sus du prix stipulé au contrat de vente dont il s'agit; que l'énonciation de la quotité de ce prix ayant été faite surabondamment, l'erreur commise sur cette quotité portée à 250,000 livres, n'a pu vicier la Surenchère;

» Considérant que Duval a surenchéri en son nom seul, et que sa qualité de créancier hypothécaire inscrit est certaine;

» Considérant que Le Marchant de Gomicourt et sa femme, conjointement acquéreurs, agissant dans un intérêt commun et identique, ont fait conjointement, par un seul acte, la notification de leur contrat d'acquisition; qu'ayant ainsi procédé en nom collectif, ils ne peuvent tirer une exception de nullité de ce que la Surenchère du créancier répondant à leur provocation, leur a été signifiée conjointement, dans les mêmes qualités et au domicile commun indiqué;

» Considérant que sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, et du Code civil, la notification de Surenchère n'a pu être soumise aux règles des ajournemens; qu'au surplus, l'exploit du 8 brumaire an 14 dont il s'agit, constatant que la signification a été faite et à Le Marchant de Gomicourt et à sa femme, en parlant au mari seulement, il n'en résulte pas qu'il n'ait été donné qu'une seule copie;

» Considérant enfin que les nullités qui emportent la déchéance d'une poursuite ou d'une action dont le bénéfice appartient à tous les créanciers, doivent être prononcées dans les cas seulement prévus et spécifiés par la loi;

» A mis et met l'appellation au néant; ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet..... ».

Nouveau recours en cassation de la part des sieur et dame Le Marchant de Gomicourt; et en conséquence, renvoi de l'affaire à l'audience des sections réunies sous la présidence de M. le grand-juge ministre de la justice, conformément à la loi du 16 septembre 1807.

« Des trois moyens de cassation qui vous sont proposés dans cette affaire (ai-je dit à l'audience du 14 août 1813), le second et le troisième sont trop évidemment mal fondés, pour que nous croyions devoir en faire l'objet d'une discussion spéciale.

» Nous nous attacherons donc uniquement au premier, et nous dirons que la seule question qui, dans cette affaire, nous paraît devoir fixer l'attention de la cour, est de savoir si, en déclarant valable l'acte de Surenchère signifié au sieur et dame Le Marchant de Gomicourt par un seul et même exploit, nonobstant le défaut de preuve légale qu'il en ait été remis une copie séparée à chacun des deux

époux acquéreurs, la cour d'appel de Paris a ou n'a pas contrevenu à quelque loi.

» Pour résoudre cette question, nous devons examiner successivement les quatre motifs sur lesquels la cour d'appel de Paris a fondé son arrêt et les moyens qu'y ajoutent héritiers du sieur Duval de Brunville.

» Le premier motif de la cour d'appel de Paris est que les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt, *conjointement acquéreurs, agissant dans un intérêt commun et identique, ont fait conjointement, par un seul acte, la notification de leur contrat d'acquisition; qu'ayant ainsi procédé en nom collectif, ils ne peuvent tirer l'exception de nullité de ce que la Surenchère du créancier répondant à leur provocation, leur a été notifiée conjointement dans les mêmes qualités et au domicile commun indiqué.*

» Rapprochons de ce motif les termes de l'article 2185 du Code civil : *Lorsque le nouveau propriétaire a fait, aux créanciers inscrits sur son immeuble, la notification prescrite par l'article précédent, tout créancier dont le titre est inscrit, peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques, à la charge* 1° *que cette réquisition sera signifiée au nouveau propriétaire, dans quarante jours au plus tard, de la notification faite par ce dernier.....; 2° qu'elle contiendra soumission du requérant de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus..; 3° que la même signification sera faite, dans le même délai, au précédent propriétaire débiteur principal; 4° que l'original et les copies de ces exploits seront signés par le créancier requérant...., le tout à peine de nullité.*

» Il résulte clairement de cet article, qu'un acte de Surenchère est nul, si, dans le délai déterminé par cet article même, il n'a pas été signifié *au nouveau propriétaire.*

» Mais ce *nouveau propriétaire,* quel est-il, lorsque, comme dans notre espèce, l'acquisition a été faite par deux personnes, et qu'elle l'a été indivisément?

» Dans ce cas, la qualité de *nouveau propriétaire* ne peut pas reposer sur la tête d'un des deux acquéreurs : elle repose nécessairement sur la tête de l'un comme sur celle de l'autre; il y a alors *deux nouveaux propriétaires;* et par conséquent le vœu de l'article 2185 ne peut être rempli que par la signification de l'acte de Surenchère aux deux acquéreurs.

» Il n'importe que, dans l'art. 2185, les mots *au nouveau propriétaire,* soient au singulier.

» C'est aussi au singulier que sont les termes du même article, *lorsque le nouveau propriétaire aura fait cette notification;* et certainement on n'oserait pas en conclure que, toutes les fois qu'une acquisition a été faite par deux personnes conjointement, l'un des deux acquéreurs pût, par la notification qu'il ferait seul de son contrat aux créanciers inscrits, procurer à l'autre l'avantage de purger les hypothèques inscrites sur sa portion indivise.

» Or, les deux parties de l'art. 2185 sont corrélatives : ce n'est que par suite de la notification faite par le *nouveau propriétaire* aux créanciers inscrits, que les créanciers inscrits peuvent faire signifier un acte de Surenchère *au nouveau propriétaire.* Si donc les mots *nouveau propriétaire* doivent, dans la première partie, s'entendre des deux acquéreurs, lorsqu'effectivement il y en a deux, ils doivent nécessairement, dans la seconde partie, s'entendre également des deux acquéreurs dans le même cas.

» C'est ainsi que, dans l'ancienne jurisprudence, quoique les coutumes, en parlant du retrait lignager, se bornassent à dire que le retrayant devait faire ses offres et donner son assignation, dans l'an et jour, *à l'acquéreur,* on ne doutait nullement que les offres ne dussent être faites et que l'assignation ne dût être donnée, soit aux deux acquéreurs, lorsque deux personnes avaient acquis conjointement, soit à tous les héritiers de l'acquéreur, lorsque l'acquisition avait été faite par une seule personne qui était décédée. Telle était notamment la doctrine de Grimaudet, dans son *Traité des Retraits,* liv. 3, chap. 2 et 3; de Valin, sur la coutume de la Rochelle, art. 29, §. 4, n° 26; de Dupineau, sur l'art. 382 de la coutume d'Anjou; de Boucheul, sur la coutume de Poitou, art. 322, n° 16; et de Pothier, dans son *Introduction à la coutume d'Orléans,* page 681 de l'édition in-4°.

» Mais cette nécessité de signifier l'acte de Surenchère aux deux acquéreurs, lorsque l'acquisition a été faite par deux personnes, cesse-t-elle dans le cas où ces deux personnes demeurent ensemble?

» Pourquoi cesserait-elle dans ce cas? Pour demeurer ensemble, les deux acquéreurs n'en ont pas moins des intérêts séparés; ils n'en sont pas moins deux individus ayant chacun son existence propre; ils n'en sont pas moins deux parties distinctes. Et dès-là, quelle raison y aurait-il pour que la signification faite à l'un, devînt, de plein droit, commune à l'autre? Si deux personnes demeurant ensemble ont été condamnées par le même juge-

ment à payer une somme ou délaisser un bien, suffira-t-il, pour faire courir, contre toutes deux, le délai de l'opposition, de l'appel, de la requête civile ou de la cassation, que le jugement ait été signifié à l'une d'elles seulement? Non, certes: la signification ne vaudra que contre celle à qui elle aura été faite; et elle sera sans effet contre l'autre. Pourquoi donc en serait-il autrement d'un acte de Surenchère?

» Cette même nécessité de signifier l'acte de Surenchère aux deux acquéreurs, cesse-t-elle dans le cas où les deux acquéreurs, ont fait, par un seul et même exploit, la notification de leur contrat?

» Pas davantage, et la raison en est bien simple: c'est que l'exploit par lequel ils ont notifié leur contrat, se divise, par la pensée et aux yeux de la loi, en autant d'exploits qu'il y a de parties à la requête desquelles il a été signifié; c'est conséquemment que, par la signification commune de cet exploit, ils ont imposé aux créanciers inscrits les mêmes obligations que si chacun d'eux avait fait signifier aux créanciers inscrits un exploit séparé.

» Deux personnes à chacune desquelles il est dû 600 francs, se réunissent pour m'assigner, par un seul et même exploit, devant un tribunal d'arrondissement. Ce tribunal, après m'avoir entendu, me condamne, par un seul et même jugement, à payer à chacun d'eux la somme de 600 francs. Ce jugement sera-t-il susceptible d'appel de ma part? Il le serait sans doute, si l'exploit commun de mes deux adversaires était censé ne contenir qu'une seule demande; car cette demande s'éleverait au-dessus de 1000 francs. Cependant il est très-certain que, dans cette hypothèse, je ne serai pas recevable à appeler, et que le jugement rendu contre moi, aura tout l'effet d'un jugement en dernier ressort; et c'est ce que la cour a jugé notamment par un arrêt contradictoire du 11 fructidor an 11, au rapport de M. Riols.

» Deux héritiers, faisant cause commune, en vertu d'un titre de créance qui leur a été transmis par leur auteur, obtiennent contre moi un jugement qui me condamne à leur payer 10,000 francs. Il me font, par un seul et même exploit, signifier ce jugement à domicile, et dans les trois mois suivans, je fais notifier à l'un d'eux seulement un acte d'appel. Cet acte d'appel, quel effet aura-t-il contre celui des deux héritiers à qui je ne l'aurai pas notifié dans le terme fatal? Aucun, et pourquoi? Parceque les deux héritiers sont censés, quoiqu'agissant ensemble et fondés sur le même titre, n'avoir agi contre moi et ne m'avoir fait condamner, que pour 5000 francs chacun; parceque les diligences que j'ai faites contre l'un, ne peuvent pas me servir contre l'autre.

» Donc, par la même raison, si deux personnes qui ont acquis, ensemble et par indivis, un immeuble, font, par un seul et même exploit, notifier leur contrat aux créanciers inscrits, les créanciers inscrits ne pourront pas, par une notification faite dans les quarante jours à l'une d'elles seulement, s'assurer le droit de faire mettre la totalité de l'immeuble aux enchères: Ils ne pourront s'assurer ce droit que par une notification faite, dans les quarante jours, aux deux acquéreurs.

» Enfin, l'obligation dans laquelle sont les créanciers inscrits à qui a été faite, par un seul et même exploit, la notification du contrat de deux acquéreurs par indivis, de faire signifier leur acte de Surenchère aux deux acquéreurs à la fois, cesse-t-elle dans le cas où les deux acquéreurs sont mari et femme?

» Oui, si le mari et la femme sont en communauté de biens: car alors, le mari comme maître de la communauté, n'a pas besoin du concours de son épouse, pour adhérer ou défendre à l'action en Surenchère qui est intentée contre elle et lui.

» Mais il en est autrement, si la femme n'est pas en communauté avec le mari: le mari est alors sans qualité pour représenter la femme; il ne peut ni acquiescer pour elle à la Surenchère, ni la combattre pour elle. Il faut, par conséquent, que la femme soit personnellement interpellée; il faut, par conséquent, que les créanciers inscrits qui veulent surenchérir, agissent envers elle et son mari, comme ils agiraient envers deux frères, envers deux amis, qui, demeurant ensemble, auraient fait une acquisition en commun.

» Pourrait-on sans assigner personnellement la femme, même commune en biens meubles et conquêts, et en vertu de poursuites faites contre le mari seul, faire vendre par expropriation forcée les immeubles de la femme? Le pourrait-on spécialement en vertu de créances qui seraient dues, ou par la femme seule, ou par la femme solidairement avec son mari?

» Les arrêts ont perpétuellement jugé que non.

» Bouguier, lettre D, §. 1, en rapporte deux du parlement de Paris, des 31 mars 1557 et 12 juillet 1608.

» Soëfve, tome 1, centur. 4, chap. 25, en rapporte un troisième de la même cour, du 11 mars 1653.

» Thibault, dans son *Traité des Criées*, tome 1, page 56, et tome 2, page 30 du *Supplément*, en rapporte deux autres du parlement de Dijon, des 30 décembre 1647 et 31 décembre 1733.

» Et en général, disent les nouveaux éditeurs du *Dictionnaire des Arrêts* de Brillon, au mot *Assignation*, §. 5, n° 49, *celui qui a une action immobilière à intenter contre la femme, doit l'intenter contre la femme et le mari conjointement; il doit les faire assigner l'un et l'autre; l'assignation donnée au mari seul, ou à la femme seule, serait nulle, aussi bien que toute la procédure qui aurait été faite, et la sentence qui aurait été rendue.*

» Cottereau, dans son *Droit général de la France et Droit particulier à la Touraine et au Lodunois*, tome 1er, après avoir dit, n° 1845 : *On assigne la femme qui est en puissance de mari, conjointement avec lui, par un seul exploit*, ajoute, n° 1846 : *On n'assigne que la femme qui est séparée de biens, dans les cas où elle peut seule ester en jugement; dans les autres cas, on assigne le mari et la femme*, CHACUN PAR UN EXPLOIT SÉPARÉ; *le mari à l'effet d'autoriser la femme.*

» Sans doute, un seul exploit peut suffire pour le mari et la femme qui ont le même domicile, comme il peut suffire pour deux frères ou deux amis demeurant ensemble.

» Mais que faut-il alors pour que cet exploit équipolle à deux exploits séparés? Il faut nécessairement qu'il en soit délivré deux copies distinctes, l'une pour le mari, l'autre pour la femme.

» La délivrance de deux copies serait certainement indispensable, dans le cas où deux frères, deux amis, demeurant ensemble, seraient assignés par un seul exploit; et il n'y a aucune raison pour qu'elle ne le soit pas également dans le cas où, par un seul exploit, on assigne le mari et la femme séparés de biens et non de corps.

» Aussi la cour a-t-elle cassé, le 7 septembre 1808, un arrêt de la cour d'appel de Paris, qui avait jugé valable une assignation en péremption d'instance, donnée au sieur Berthier et à son épouse, séparée de biens d'avec lui, par un seul exploit dont il n'avait été délivré qu'une seule copie pour l'un et l'autre (1).

» Et il est à remarquer que, dans l'espèce sur laquelle a été rendu cet arrêt, les sieur et dame Berthier procédaient conjointement et par les mêmes actes, dans l'instance de la prétendue péremption de laquelle il s'agissait; que la dame Berthier y figurait en son nom, et le sieur Berthier en sa qualité comme autorisant sa femme; qu'ainsi, en cassant l'arrêt de la cour d'appel de Paris, qui avait déclaré valable l'assignation donnée aux sieur et dame Berthier, par un seul exploit avec délivrance d'une seule copie, la cour a proscrit d'avance le motif que l'arrêt dont il est aujourd'hui question, puise dans la circonstance que les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt avaient fait notifier leur contrat par un seul et même acte.

» Pouvez-vous avoir plus d'égard au second motif du même arrêt, lequel consiste à dire *que, sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7 et du Code civil, la notification de Surenchère n'a pu être soumise aux règles des ajournemens?*

» Nous savons bien qu'à l'époque de la signification de l'exploit de Surenchère dont il s'agit, le Code de procédure civile n'était pas encore en activité.

» Nous savons bien qu'à cette époque n'existait pas encore l'art. 832 du Code de procédure civile qui veut que les exploits de Surenchère contiennent à la fois constitution d'avoué et assignation devant le tribunal, et par conséquent les soumet à *toutes les règles* des ajournemens.

» Mais de là s'ensuit-il qu'à cette époque, un exploit de Surenchère ne fût pas nul, lorsqu'étant signifié à deux époux co-acquéreurs et séparés de biens, il n'énonçait pas que deux copies en eussent été délivrées à leur domicile?

» Nous l'avons déjà dit, il résulte manifestement de l'art. 2185 du Code civil, que l'exploit de Surenchère doit, à peine de nullité, être *signifié au nouveau propriétaire;* et que, par ces mots, *nouveau propriétaire*, la loi impose aux créanciers inscrits la nécessité de faire signifier leur exploit de Surenchère au mari et à la femme, lorsque c'est par deux époux séparés de biens qu'a été faite l'acquisition dont il s'agit de surenchérir le prix.

» Or, pour établir que l'exploit de Surenchère ne peut pas être censé avoir été signifié au mari et à la femme, s'il n'en a été délivré deux copies, est-il absolument besoin de recourir aux règles prescrites par le Code de procédure civile pour la validité des ajournemens?

» Non : car qui dit *signifier* un exploit, dit nécessairement *en délivrer copie à la partie à qui on en fait la signification.* Il

(1) V. l'article *Séparation de biens*, sect 2, §. 5, n° 10.

est impossible de concevoir l'idée de l'action de *signifier* un exploit, sans y joindre l'idée d'une action qui donne connaissance de cet exploit à la personne à qui la signification en est faite. Ces deux idées se confondent essentiellement; vouloir séparer la seconde de la première, c'est réduire la première au néant, c'est la faire évanouir. Et quel est le moyen de donner connaissance d'un exploit à la personne qui en reçoit la signification? Il n'y en a pas, il ne peut pas y en avoir d'autre, que de lui délivrer une copie de cet exploit.

» Il est donc bien clair que l'art. 2185 du Code civil, en exigeant, à peine de nullité, que l'acte de Surenchère soit signifié au *nouveau propriétaire*, est censé exiger sous la même peine, qu'il soit délivré au nouveau propriétaire une copie de l'acte qu'on lui signifie.

» Il est donc bien clair que, si le sieur Le Marchant de Gomicourt eût acquis seul, et que, par l'exploit de Surenchère qui lui a été signifié, le 8 brumaire an 14, il ne lui en avait pas été délivré une copie, cet exploit serait radicalement nul.

» Eh! Comment un exploit qui, dans cette supposition, serait nul à l'égard du sieur Le Marchant de Gomicourt, pourrait-il être valable à l'égard de son épouse, dans le cas réellement arrivé? Si l'exploit ne peut être réputé avoir été signifié au sieur Le Marchand de Gomicourt, qu'au moyen d'une copie délivrée au sieur Le Marchant de Gomicourt lui-même, comment pourrait-il être réputé avoir été signifié à son épouse, alors qu'il n'en a pas été délivré à son épouse une copie particulière?

» Non, il ne peut pas y avoir ici de milieu : ou il faut reconnaître qu'une copie séparée de l'exploit de Surenchère a dû être délivrée à la femme, ou il faut aller jusqu'à dire, ce qui serait souverainement absurde, que, même dans le cas où il n'y a qu'un seul acquéreur, on peut lui signifier l'exploit de Surenchère sans lui en délivrer copie.

» Mais ici se présente, à l'appui de l'arrêt attaqué, un troisième motif qui consiste à dire que *l'exploit du 8 brumaire an 4 constatant que la signification a été faite et à Le Marchant de Gomicourt et à sa femme, en parlant au mari seulement, il n'en résulte pas qu'il n'ait été donné qu'une seule copie.* Ce motif est-il mieux fondé que le précédent?

» Observons d'abord que, par ce motif, la cour d'appel de Paris, en niant qu'il soit prouvé, par l'exploit du 8 brumaire an 14, qu'il n'en a été délivré qu'une seule copie, se met en opposition avec ce qui avait été constamment reconnu par toutes les parties, et devant le tribunal de première instance de Lisieux, et devant la cour d'appel de Caen, et devant la section civile de la cour de cassation, et devant la cour d'appel de Paris elle-même.

» Devant la cour d'appel de Paris notamment, les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt concluaient à l'annullation de Surenchère, *attendu* (disaient-il) *que, dans le fait, cet acte n'a été signifié à la dame Le Marchant que* PAR UNE SEULE COPIE *tant pour elle que pour son mari.*

» Et de leur côté, les héritiers du sieur Duval de Brunville concluaient à ce que l'acte de Surenchère fût déclaré valable : *attendu que l'art. 2185 du Code civil n'impose pas la peine de nullité* AUX NOTIFICATIONS QUI N'AURAIENT PAS ÉTÉ FAITES EN AUTANT DE COPIES QU'IL Y A DE PARTIES; *qu'il commande seulement de notifier au nouveau propriétaire; et que, dans l'espèce, cette notification a eu lieu; qu'ainsi, le vœu de la loi a été rempli.*

» La cour d'appel de Paris a-t-elle donc pu mettre en question, par son arrêt, un fait qui était reconnu devant elle par toutes les parties?

» Nous n'examinerons point si, par là, elle a contrevenu à l'art. 1356 du Code civil, suivant lequel *l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait.*

» Mais nous ne pouvons pas nous empêcher de dire qu'il y a, dans cette manière de juger, quelque chose de fort étrange; et que, dès-là, nous devons nous tenir bien en garde contre le résultat auquel cette manière de juger a conduit la cour d'appel de Paris.

» Ensuite, la cour d'appel de Paris affirme-t-elle, par son troisième motif, que deux copies de l'exploit du 8 brumaire an 14 ont été délivrées, par l'huissier du sieur Duval de Brunville, au sieur Le Marchant de Gomicourt? L'affirme-t-elle par une interprétation de la contexture de cet exploit? L'affirme-t-elle par suite du pouvoir qu'elle a d'interpréter les actes produits devant elle?

» Rien de tout cela : elle se borne à déclarer que l'exploit du 8 brumaire an 14 ne prouve point, par sa contexture, qu'il n'en a été délivré qu'une seule copie.

» Mais pour qu'un exploit soit valable : suffit-il que, par sa contexture, il ne paraisse pas que l'on y a omis l'une des formalités essentielles à sa validité?

» Non : il faut que, de sa teneur même, il résulte la preuve claire et indubitable que toutes les formalités essentielles à sa validité, y ont été observées exactement. »

» Il en est des exploits comme des jugemens; et certainement lorsqu'un jugement ne constate pas, par sa propre teneur, qu'il a été rendu dans les formes prescrites pour sa validité, on objecterait vainement à la partie qui l'attaque de ce chef, qu'il ne résulte pas de la manière dont il est rédigé, que les formes y ont été omises. Ces formes sont censées y avoir été omises, par cela seul que la manière dont il est rédigé, n'en prouve pas l'observation.

» C'est ainsi qu'en matière d'enregistrement et de timbre, le jugement qui ne constate pas, par une énonciation expresse, qu'il a été rendu sur le rapport de l'un des membres du tribunal, comme le veut l'art. 65 de la loi du 22 frimaire an 7, sous la peine de nullité prononcée par la loi du 4 germinal an 2, est, par cela seul, présumé avoir été rendu sans rapport préalable; et c'est ce que la cour a jugé par deux arrêts des 4 fructidor an 11 et 19 décembre 1809, *attendu* (a-t-elle dit) *que les formes constitutives des jugemens, doivent être constatées par les jugemens mêmes, et que leur omission emporte nullité.*

» C'est ainsi que, dans les affaires qui doivent être communiquées au ministère public, le jugement qui ne constate pas, par une mention formelle, que le ministère public a été entendu, est, par cela seul, présumé avoir été rendu sans ses conclusions, quoique d'ailleurs il y soit expressément énoncé que l'officier du ministère public était présent; et c'est ce que la cour a jugé par des arrêts des 29 fructidor an 3, 16 vendémiaire et 13 brumaire an 13 et 16 juillet 1806.

» Il est d'ailleurs de principe, comme l'a dit la cour dans un arrêt du 29 mars 1810, au rapport de M. Brillat de Savarin, que *tout procès-verbal dressé d'une opération, doit contenir la preuve de l'observation des formalités dont cette opération doit être accompagnée à peine de nullité.*

» Et ce principe s'applique ici avec la plus grande justesse. Car, qu'est-ce qu'un exploit d'huissier? Rien autre chose qu'un procès-verbal par lequel l'huisssier atteste que, tel jour, il a fait une signification à telle personne.

» Que faut-il pour la validité d'un exploit d'huissier? Il faut, entr'autres choses, que la copie en soit délivrée à la personne à qui il énonce qu'il a été signifié.

» Comment donc doit-on, comment donc peut-on prouver la délivrance de la copie? Bien évidemment on ne doit, on ne peut la prouver que par l'exploit même. La délivrance de la copie d'un exploit fait partie des formalités qui le constituent essentiellement et sans lesquelles il n'existe pas. Il faut donc que la preuve en soit écrite dans l'exploit, comme il faut que l'exploit constate que l'huissier s'est transporté au domicile de la partie, et qu'il a parlé à telle personne. L'exploit est donc nul, s'il ne contient pas l'énonciation expresse de la délivrance de la copie, comme il serait nul, s'il ne contenait pas l'énonciation expresse du transport de l'huissier et la désignation individuelle de la personne à qui il a parlé.

» Mais si de là il suit, de toute nécessité, que l'on doit tenir pour nul tout exploit qui, signifié à une seule personne, ne contient pas la preuve qu'il en a été délivré une copie, n'en résulte-t-il pas aussi, et avec la même évidence, que l'on doit tenir pour nul tout exploit qui, signifié à deux personnes, ne contient pas la preuve que deux copies en ont été délivrées par l'huissier?

» La délivrance de deux copies est à un exploit signifié à deux personnes, ce qu'est à un exploit signifié à une seule personne, la délivrance d'une seule copie; l'une n'est pas moins essentielle que l'autre; et de même qu'il y a nullité dans le cas de l'omission de celle-ci, il y a aussi nullité dans le cas de l'omission de celle-là.

» Il est donc impossible de prouver la délivrance de deux copies, autrement que la délivrance d'une seule. Il est donc impossible de suppléer, dans un exploit signifié à deux personnes, pour établir que deux copies en ont été délivrées, une preuve que l'on ne pourrait pas suppléer dans un exploit signifié à une seule personne, pour établir qu'il en a été délivré une seule copie.

» Or, dans notre espèce, trouve-t-on dans l'exploit du 8 brumaire an 14, la preuve claire et indubitable que deux copies en ont été délivrées au sieur Le Marchant de Gomicourt?

» La cour d'appel de Paris convient elle-même que non; et en effet, on y lit seulement: *délivré exploit, parlant comme dessus.*

» Ces mots, *délivré exploit,* prouvent bien qu'une copie de l'exploit a été laissé au sieur Le Marchant de Gomicourt. Mais prouvent-ils qu'il lui en a été délivré deux copies? Nullement. L'exploit laisse donc des doutes sur ce point; et dès qu'il laisse là-dessus des doutes, dès qu'on ne peut pas dire qu'il constate la délivrance de la deuxième copie; quelle est la partie qui doit être crue de préférence, ou de celle qui nie que deux copies ont été délivrées, ou de celle qui l'affirme?

C'est sans contredit celle qui le nie. *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat,* dit la loi 2, D. *de probationibus;* ou comme dit encore la loi 23 du même titre, au Code, *actor quod adseverat se probare non posse profitendo, rerum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cùm, per rerum naturam, factum negantis probatio nulla sit.*

» Mais, objecte la cour d'appel de Paris, et c'est son quatrième motif, *les nullités qui emportent la déchéance d'une poursuite ou d'une action dont le bénéfice appartient à tous les créanciers, doivent être prononcées dans les cas seulement prévus et spécifiés par la loi.*

» Nous rendons hommage à ce principe; et c'est précisément parceque l'art. 2185 du Code civil attache, en termes exprès, la peine de nullité à l'omission de toutes les formalités dont il contient la nomenclature, que nous reprochons à la cour d'appel de Paris, de n'avoir pas appliqué cette peine à l'acte de Surenchère du sieur Duval de Brunville.

» En effet, à la tête des formalités prescrites par l'art. 2185 du Code civil, se trouve la signification qui doit être faite *au nouveau propriétaire,* de l'exploit par lequel les créanciers inscrits requièrent la mise aux enchères de l'immeuble dont le nouveau propriétaire leur a offert le prix.

» L'exploit de Surenchère est donc nul, aux termes même de l'art. 2185 du Code civil, s'il n'est pas signifié au nouveau propriétaire.

» Il est donc nul, si, par la signification qu'un huissier déclare en faire au nouveau propriétaire, il omet ce qui est essentiellement constitutif de la signification même, c'est-à-dire, s'il n'en délivre pas une copie.

» Il est donc nul, si, lorsque le nouveau propriétaire se compose de deux personnes distinctes, il n'en est pas délivré une copie à chacune de ces deux personnes.

» Le principe sur lequel la cour d'appel de Paris fonde son quatrième motif, se retorque donc directement contre l'opinion qu'elle a embrassée.

» Occupons-nous maintenant des moyens de défense que les héritiers du sieur Duval de Brunville ajoutent aux quatre motifs de l'arrêt attaqué.

» Les héritiers du sieur Duval de Brunville commencent par observer que, dans toutes les hypothèses, la signification de l'acte de Surenchère du 8 brumaire an 14, serait régulière quant au sieur Le Marchant de Gomicourt; que, dès-lors, le sieur Le Marchant de Gomicourt est personnellement non-recevable à critiquer cette signification; et que, par conséquent, il l'est aussi à provoquer la cassation de l'arrêt qui a jugé cette signification valable.

» Cette observation, les héritiers du sieur Duval de Brunville, l'avaient déjà faite à la cour d'appel de Paris; et ils avaient, en conséquence, pris des conclusions subsidiaires à ce que, dans le cas où leurs réponses au moyen de nullité tiré du défaut de délivrance d'une copie séparée à la dame Le Marchant de Gomicourt, seraient rejetées, du moins l'acte de Surenchère fût déclaré valable pour la portion revenant au sieur Le Marchant de Gomicourt, dans l'acquisition dont il s'agit.

» Ces conclusions subsidiaires présentaient à la cour d'appel de Paris, une question sur laquelle quelques-uns des exemples que nous avons cités dans la discussion de son premier motif, auraient pu fournir des argumens très-spécieux contre le sieur Le Marchant de Gomicourt, et sur laquelle aussi il était possible que le sieur Le Marchant de Gomicour opposât une défense qu'il ne nous appartient pas de pressentir.

» Mais cette question, la cour d'appel de Paris ne l'a point jugée; et elle n'a point dû la juger, d'après le parti qu'elle a pris de déclarer valable, même à l'égard de la dame Le Marchant de Gomicourt, la signification de l'exploit de Surenchère du 8 brumaire an 14.

» Dès-là, que devez-vous faire, si vous vous déterminez à casser l'arrêt de la cour d'appel de Paris? Vous devez faire ce qu'a fait la section civile, en cassant, le 12 mars 1810, l'arrêt de la cour d'appel de Caen. Vous devez laisser cette question entière. La juger vous-mêmes, ce serait connaître du fond de l'affaire, et vous ne le pouvez pas.

» Les héritiers du sieur Duval de Brunville se prévalent ensuite de la clause de solidarité sous laquelle les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt ont acquis le domaine de Livarot.

» Mais cette clause à quoi se rapporte-t-elle? A l'obligation, à la seule obligation, de payer le prix convenu entre le vendeur et les acquéreurs. Et assurément elle n'a rien de commun avec une action en Surenchère qui tend, non à contraindre les acquéreurs au paiement du prix, mais au contraire à faire résoudre leur acquisition et à prendre leur place.

» Il y a plus : quand même, ce qui n'est pas, il serait dit dans le contrat de vente du

domaine de Livarot, que les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt *acquièrent solidairement à tous effets*, on ne pourrait pas, pour cela, en conclure que l'action en Surenchère pût être dirigée contre l'un des deux pour le tout, et que les diligences faites à cette fin contre l'un, pussent nuire à l'autre.

» A la vérité, les lois romaines et le Code civil s'accordent à dire que les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires, font courir les intérêts et interrompent la prescription contre tous.

» Mais il n'en est pas, à cet égard, d'une propriété comme d'une obligation. Une obligation peut-être solidaire, tant activement que passivement entre deux personnes, de manière qu'elles soient censées la posséder ou la devoir chacune intégralement, et que celle des deux qui en reçoit ou en paie le montant, libère valablement son co-débiteur ou éteint valablement le droit de son co-créancier. Une propriété, au contraire, ne peut jamais résider solidairement sur deux têtes : *Duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest*, dit la loi 5, §. 15, D. *Commodati;* et la loi 3, §. 5, D. *de acquirendâ vel amittendâ possessione*, repète la même chose : *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contrà naturam quippè est ut cùm ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.*

» Et de là il suit nécessairement que la clause par laquelle deux personnes déclarent acheter *solidairement* le même immeuble, n'a et ne peut avoir d'autre effet, que de les rendre propriétaires chacune d'une moitié indivise.

» De là il suit par conséquent que cette clause ne peut jamais être invoquée, ni par elles contre des tiers, ni par des tiers contre elles.

» Aussi a-t-il toujours été de principe, comme l'enseigne Dunod, dans son *Traité des Prescriptions*, part. 1, chap. 19, que, *quoique plusieurs personnes jouissent d'une même chose par indivis; l'interruption civile* (de la prescription) *faite par ou avec l'une de ces personnes, n'a point d'effet à l'égard des autres.*

» Mais, vient-on nous dire, Dunod lui-même établit que, *toutes les fois qu'il y a* SOCIÉTÉ *ou solidarité, les devoirs qui se font contre la personne, interrompent activement et passivement avec tous les correes et associés.* Or, dans l'espèce, les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt, quoique séparés de biens par leur contrat de mariage, ont formé entr'eux une société particulière, par l'acquisition qu'ils ont faite conjointement du domaine de Livarot; et cela résulte clairement de la loi 2, D. *Communi dividundo*. Les diligences faites contre le sieur Le Marchant de Gomicourt, et tendantes à le déposséder de ce domaine, ont donc tout leur effet contre son épouse.

» Trois réponses.

» 1° La cour d'appel de Paris n'a pas jugé que les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt fussent devenus associés dans le domaine de Livarot, par l'acquisition qu'ils avaient faite en commun de ce domaine; et obligés, comme nous le sommes, de prendre son arrêt tel qu'il est, nous ne pouvons pas, pour le justifier, y ajouter un *motif de fait* qu'elle n'y a pas mis.

» 2° Quel prétexte la cour d'appel de Paris aurait elle eu pour motiver ainsi son arrêt?

» La société particulière est, comme la société universelle, un contrat qui ne se présume point : elle ne peut résulter que d'une convention expresse; et assurément, deux personnes qui acquièrent un bien conjointement, ne sont pas, par le seul fait de cette acquisition commune, censées convenir qu'il y aura société entr'elles pour raison de ce bien; car autre chose est la société, autre chose est la communion : il ne peut pas exister de société sans communion; mais une communion peut très-bien exister sans société; et c'est ce que fait entendre très-clairement la loi romaine que vous citent les héritiers du sieur Duval de Brunville, lorsqu'elle dit : *Nihil autem interest cùm societate, an sine societate res inter aliquos communis sit; nam utroque casu locus est communi dividundo judicio.*

» Il est vrai que la même loi ajoute : *Cùm societate res communis est, veluti inter eos qui pariter eandem rem emerunt.*

» Mais elle ne décide pas, pour cela, qu'il y a société, de plein droit, entre deux personnes qui achètent conjointement une même chose; elle se réfère, à cet égard, aux règles générales de la matière des sociétés. Aussi, Godefroy, dans sa note sur ce texte, dit-il qu'on ne doit en appliquer la disposition qu'au cas où l'acquisition en commun a été fait *animo societatis contrahendæ;* et c'est ce que la loi 31, D. *Pro socio*, met dans le plus grand jour : *Ut sit pro socio actio, societatem intercedare oportet; nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit; communiter autem res agi potest citrà societatem, ut puta cùm non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legatâ*, ITEM SI A DUOBUS SIMUL RES EMPTA SIT.

» 3° Si la cour d'appel de Paris avait pu déci-

der, et avait décidé réellement, que les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt étaient associés dans l'acquisition du domaine de Livarot, à quelle conséquence cela eût-il dû la conduire?

» La doctrine professée par Dunod, pour le cas où il y a *société ou solidarité*, est vraie lorsqu'il s'agit de poursuites exercées contre l'un des associés, pour l'exécution d'un engagement qu'ils ont contracté solidairement; mais elle est évidemment trop générale, lorsqu'il s'agit de poursuites exercées à d'autres fins.

» Ces poursuites ont-elles pour objet une action mobilière ou possessoire? Dès qu'elles sont exercées contre l'un des associés, elles sont censées l'être contre tous; pourquoi? Parcequ'aux termes de l'art. 1859 du Code civil, *les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre*; et que, dans le pouvoir d'administrer, est régulièrement compris celui d'intenter et de soutenir toutes les actions mobilières et possessoires.

» Mais les poursuites ont-elles pour objet une action immobilière, tendent-elles au délaissement de la propriété d'un immeuble? C'est tout autre chose. Le pouvoir d'acquiescer ou de défendre à de pareilles poursuites, n'est plus renfermé dans celui d'administrer (1). Il faut donc que ces poursuites soient exercées contres chacun des associés.

» Or, quelle est la nature de l'action en Surenchère attribuée aux créanciers hypothécaires du vendeur, par l'art. 2185 du Code civil?

» Bien certainement, cette action n'est ni possessoire ni mobilière; elle tend à exproprier l'acquéreur ou les acquéreurs d'un immeuble; elle ne peut donc, dans le cas d'une acquisition faite en société, être exercée que contre chacun des acquéreurs. Il faut donc que chacun des acquéreurs reçoive une copie de l'exploit qui en forme le premier acte.

» Enfin, les héritiers du sieur Duval de Brunville prétendent que *la nullité qui serait résultée de la signification de la mise aux enchères, par une seule copie aux sieur et dame Le Marchant de Gomicourt, aurait été couverte par la réponse qu'ils ont faite à cette signification, par leur exploit du 9 frimaire an 14*.

» Comment donc les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt auraient-ils couvert, par leur exploit du 9 frimaire an 14, la nullité de cette signification?

» C'est, dit-on, que, par cet exploit, ils ont suffisamment fait connaître que la signification leur était parvenue, et qu'ils n'y ont relevé d'autre nullité, que celle qu'ils ont prétendu faire résulter de ce que le sieur Duval de Brunville avait surenchéri au nom de deux autres créanciers, comme au sien, sans donner copie de leur procuration.

» Mais nous avons lu cet exploit, et qu'y avons-nous vu? Que les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt, loin de s'y borner à relever la prétendue nullité résultant du défaut de délivrance, par l'exploit de Surenchère, de la copie de la procuration des autres créanciers, ne s'y font même pas expressément une nullité de ce défaut, et qu'ils somment seulement le sieur Duval de Brunville de leur donner copie de cette procuration; *n'entendant néanmoins*, ajoutent-ils, *qu'elle puisse leur nuire ni leur préjudicier, se réservant au contraire dans* TOUS LEURS MOYENS DE NULLITÉ *et autres qu'ils pourront faire valoir selon droit et raison.*

» Il est bien clair, d'après cela, que les sieur et dame Le Marchand de Gomicourt n'ont pas renoncé, par leur exploit du 9 frimaire an 14, au droit qui leur était acquis de faire déclarer nul l'acte de Surenchère du 8 brumaire précédent, sur le fondement qu'il ne leur en avait été délivré qu'une seule copie.

» Du reste, il importe peu que, par cet exploit, ils aient annoncé avoir tous deux connaissance de l'acte de Surenchère.

» La connaissance qu'ils avaient de l'acte de Surenchère, ne pouvait pas les priver du droit de demander qu'il fût déclaré nul, faute de leur avoir été notifié légalement.

» Lorsqu'un défendeur se présente à l'audience d'un tribunal, avec un exploit d'assignation qui lui a été illégalement signifié, il avoue bien clairement avoir connaissance de cet exploit: cela empêche-t-il que, sur sa demande, le tribunal n'annulle l'assignation qui lui a été donnée?

» Lorsqu'une partie assignée devant la section civile, en vertu d'un arrêt d'admission de la section des requêtes, vient, après les trois mois de la date de l'arrêt, et son exploit d'assignation à la main, démontrer que cet exploit est nul dans la forme, elle reconnaît bien formellement que cet exploit lui est parvenu; cela empêche-t-il la section civile d'annuler son assignation, et, par suite, de déclarer le demandeur en cassation déchu de son recours?

(1) *V.* l'article *Puissance maritale*, sect. 2, §. 3, n° 8.

» Il n'y a donc rien, absolument rien, dans tout ce que vous disent les héritiers du sieur Duval de Brunville, qui puisse couvrir les erreurs échappées à la cour d'appel de Paris, dans l'arrêt que vous dénoncent les sieur et dame Le Marchant de Gomicourt; et nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu de casser et annuler cet arrêt ».

Par arrêt du 14 août 1813, sur délibéré, au rapport de M. Ruperou,

« Vu le §. 1er de l'art. 2185 du Code civil, et l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667.....;

» Attendu que la qualité de nouveau propriétaire, lorsque l'acquisition a été faite indivisément par deux personnes, ne peut pas reposer sur la tête de l'une d'elles seulement; qu'ainsi, de même qu'aux termes de l'art. 2185 sus-référé, chacune de ces personnes doit notifier son contrat d'acquisition aux créanciers inscrits, de même aussi, aux termes du même article, la notification de l'acte de Surenchère doit être faite à chacune de ces personnes séparément;

» Attendu qu'il ne suffit pas que l'original de l'exploit énonce que la signification a été faite à ces deux personnes; qu'il faut de plus qu'il constate que copie de cette signification a été laissée à chacune d'elles, parceque, d'après la nature même des choses, notifier un acte à quelqu'un, c'est lui en donner connaissance, et qu'il est de règle générale, que ce n'est que par délivrance de la copie de l'exploit de notification, que cette connaissance est légalement donnée; que c'est même ce que décide expressément l'article ci-dessus transcrit de l'ordonnance de 1667;

» Attendu que, lorsque deux époux séparés de biens, acquièrent indivisément un immeuble, l'intérêt de la femme dans cette acquisition, est distinct de l'intérêt du mari; que par conséquent une copie de la notification de l'acte de Surenchère doit être laissée [illegible] à la femme comme au mari, [illegible] dans ce cas, ce dernier étant sans [illegible] pour représenter sa femme, il ne peut [illegible] à la Surenchère, ni la com[illegible] pour elle;

» Attendu qu'en fait, il résulte évidemment de l'exploit de notification de l'acte de [illegible] dont il s'agit, qu'il n'en a pas été [illegible] séparée à la dame de Gomicourt, [illegible] que le créancier surenchérisseur ne pouvait pas même prétexter cause d'ignorance [illegible] de biens existante entre elle [illegible];

» Attendu que l'objection tirée de ce que les époux Gomicourt demeuraient ensemble, n'est d'aucun poids, puisque deux acquéreurs conjoints, par cela même qu'ils demeurent ensemble, n'en sont pas moins des individus ayant chacun son existence propre, son intérêt distinct;

» Attendu que la considération que les sieur et dame de Gomicourt avaient fait la notification de leur contrat par un seul et même exploit, n'est aussi d'aucune importance, puisque cet exploit se divise par la pensée et aux yeux de la loi, en autant d'exploits qu'il y a de parties à la requête desquelles il a été signifié; et qu'il suffit que les acquéreurs aient laissé copie de cette notification commune à chacun des créanciers inscrits, pour imposer à ceux-ci les mêmes obligations que si ces acquéreurs leur avaient fait signifier à chacun un exploit séparé;

» Attendu que la solidarité stipulée dans le contrat d'acquisition, n'est évidemment relative qu'au paiement du prix;

» Attendu qu'on ne peut pas dire que les sieur et dame de Gomicourt aient renoncé, par leur exploit du 19 frimaire an 14, au droit qui leur était acquis de faire déclarer nul l'acte de Surenchère, sur le fondement qu'il ne leur en avait été délivré qu'une seule copie; puisque, par cet exploit, ils se sont expressément réservé tous les moyens de nullité qu'ils pourraient faire valoir;

» Attendu que peu importe qu'à l'époque de la notification de la Surenchère dont il s'agit, l'art. 832 du Code de procédure civile, qui soumet l'exploit de la notification de la Surenchère à toutes les règles des ajournemens, n'existât pas encore; puisqu'aux yeux de la loi, il n'y a pas d'autre moyen de donner connaissance d'un exploit à la personne à laquelle il est signifié, que de lui en délivrer une copie;

» Attendu qu'il ne suffit pas, pour qu'un exploit soit valable, que, par sa contexture, il ne paraisse pas qu'on y ait omis l'une des formalités essentielles à sa validité; qu'il faut de plus que de sa teneur même, résulte la preuve indubitable que toutes les formalités essentielles à sa validité, ont été observées exactement; que par conséquent un exploit signifié à une seule partie, est nul, s'il ne contient pas l'énonciation expresse que copie en a été laissée à cette partie; et que, par la même raison, il est aussi nul, si, étant signifié à deux parties, il ne contient pas la mention expresse que chacune des deux parties en a reçu une copie séparée;

» Attendu enfin, que la question de savoir si l'acte de Surenchère est valable, au moins

en ce qui concerne le sieur de Gomicourt, n'ayant point été jugée par la cour d'appel de Paris, la cour de cassation ne pourrait pas la décider, sans connaître du fond de l'affaire;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Paris, du 18 janvier 1812..... ».

IV. La Surenchère cesse-t-elle par l'offre que fait l'acquéreur de payer tous les créanciers inscrits, sous la réserve d'une discussion préalable de la validité de leurs créances?

Le 7 frimaire an 10, contrat par lequel le sieur Trebos cède au sieur Dabernad, à titre d'échange, un domaine estimé 18,000 livres, et reçoit de lui en contre-échange, une maison située à Toulouse, avec une soulte de 4,000 livres. La dame Gayral, épouse du sieur Trebos, intervient à ce contrat, et donne main-levée de l'inscription qu'elle a précédemment prise sur le domaine cédé par son mari au sieur Dabernad, sous la réserve de la reporter sur la maison cédée par le sieur Dabernad à son mari.

Le 14 nivôse an 13, le sieur Dabernad fait transcrire le contrat; et le 15 pluviôse de la même année, il le notifie à tous les créanciers inscrits sur le domaine que lui a cédé le sieur Trebos, même à l'épouse de celui-ci, attendu que son inscription n'est pas encore rayée.

Le 22 ventôse, la dame Trebos déclare surenchérir d'un dixième le prix stipulé, requiert la mise du domaine aux enchères, et offre de donner caution.

Le 10 thermidor, jugement du tribunal civil de Toulouse, qui nomme un commissaire pour la réception de la caution offerte par la dame Trebos.

Opposition à ce jugement de la part du sieur Dabernad, fondée sur la nullité de la Surenchère de la dame Trebos, nullité qu'il fait résulter de ce qu'ayant donné main-levée de son inscription, la dame Trebos est sans intérêt, comme sans qualité, pour surenchérir.

Dans le cours de l'instance qui s'engage sur cette opposition, le sieur Dabernad, voulant mettre fin à toute discussion, offre *de payer l'intégralité des créances inscrites, en se réservant toutefois l'examen de leur légitimité, et son recours contre Trebos, son vendeur.*

Par jugement du 12 février 1806, le tribunal civil de Toulouse, sans avoir égard aux conclusions et offres du sieur Dabernad, renvoie les parties au greffe, pour y procéder à la réception de la caution.

Sur l'appel interjeté de ce jugement par le sieur Dabernad, arrêt de la cour de Toulouse, du 21 avril 1806, qui le confirme,

« Attendu que le premiers juges n'ont pas eu à s'occuper de la question de savoir si la renonciation de la dame Trebos à son hypothèque, était ou n'était pas valable, puisque, dans le fait, nonobstant ladite renonciation restée sans exécution depuis le 7 frimaire an 10, l'inscription faite par ladite Trebos, n'avait point été radiée, et que son hypothèque n'avait pu être transportée sur la maison baillée en contre-échange par Dabernad, puisqu'il résulte de l'état des inscriptions notifié par Dabernad lui-même, le 15 pluviôse an 13, que la valeur de ladite maison était plus qu'absorbée par les inscriptions y existantes à cette époque;

» Que l'art. 2185 du Code civil donne à tout créancier hypothécaire le droit de requérir la mise aux enchères, lorsque l'acquéreur a notifié son contrat, et déclaré qu'il n'entend payer les créances hypothécaires, que jusqu'à concurrence du prix convenu entre lui et le vendeur;

» Attendu, sur l'offre faite par Dabernad, qu'il n'a pas encore payé les créanciers hypothécaires, ni même l'un d'entre eux, nonobstant qu'il lui ait fait deux commandemens en expropriation; qu'il est possible qu'il soit plus avantageux aux créanciers de vendre l'immeuble en ce moment;

» Enfin que Dabernad n'a offert de payer toutes les créances inscrites que sous la réserve d'en examiner, d'en discuter la validité et la légitimité ».

Le sieur Dabernad se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 23 avril 1807, au rapport de M. Lasaudade,

« Considérant qu'aux termes de l'art. 2185 du Code civil, lorsque l'acquéreur a fait notifier son contrat, avec offre d'acquitter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence du prix porté au contrat, tout créancier dont le titre est inscrit, peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères, en donnant caution; que, dans l'espèce, le titre de la dame Gayral était encore inscrit, et que *ce titre apparent, quel qu'il fût, lui donnait droit de surenchérir*, d'autant plus que ledit Dabernad lui a fait signifier à elle son contrat comme créancière, avec déclaration qu'il n'entendait rien payer au-delà du prix convenu; que les offres postérieures dudit Dabernad de payer la totalité des créances inscrites, sauf la discussion préalable de la validité ou invalidité desdites créances, n'offrait aux créanciers que la perspective

d'autant de procès, pendant lesquels ledit Dabernad aurait joui de l'immeuble, sans en payer le prix;

» La cour rejette le pouvoi..... ».

V. Il ne faut pas prendre au pied de la lettre, la proposition énoncée dans l'arrêt précédent, *qu'un titre apparent, quel qu'il soit, donne droit de surenchérir.* Il est certain au contraire qu'un créancier ne pourrait pas être admis à surenchérir en vertu d'une inscription hypothécaire qui aurait été prise indûment; et c'est ce que la cour de cassation a solennellement jugé dans l'espèce suivante :

Le 12 août 1774, actes notariés, passés à Paris, par lesquels le sieur et la dame de Rohan-Guémenée constituent solidairement trois rentes viagères : savoir, une première de 8,000 francs, sur la tête du sieur Bouret de Vezelay; une seconde de 12,000 francs, sur celle de son épouse; et une troisième de 4,000 francs, sur celle de son fils aîné : le tout, moyennant un capital de 240,000 francs, que les débiteurs reconnaissent avoir reçu du sieur Bouret. Au paiement des rentes ainsi stipulées, le sieur et la dame de Guémenée affectent et hypothèquent généralement *tous leurs biens présens et à venir.*

Postérieurement à ces actes, la dame de Guémenée devient, par droit de succession, propriétaire de biens situés dans la Belgique, pays de *nantissement*, où, d'après les maximes retracées sous ce mot, §. 2, l'hypothèque ne pouvait alors s'acquérir que par déshéritance et adhéritance.

Cependant le sieur Bouret croit pouvoir, en 1802 et 1803, frapper ces biens d'inscriptions hypothécaires qu'il requiert, en vertu des contrats du 12 août 1774, aux bureaux de Tournay, d'Audenarde et de Nivelles.

Le 8 ventôse an 12, la dame de Guémenée vend en masse aux sieurs Lefebvre, moyennant la somme de 2,000,000 francs, tous les biens qu'elle possède dans la Belgique.

Les sieurs Lefebvre font transcrire leur contrat d'acquisition dans les divers bureaux de la situation des biens.

Le 6 germinal de la même année, ils font faire, aux créanciers inscrits, la notification prescrite par la loi du 11 brumaire an 7.

Le 5 floréal suivant, le sieur Bouret leur fait notifier un acte par lequel il requiert la mise aux enchères et l'adjudication publique des biens désignés dans le contrat de vente. Il fait faire la même notification à la dame de Guémenée.

Les sieurs Lefebvre font citer le sieur Bouret devant le tribunal civil de Tournay, et demandent que sa Surenchère soit déclarée non-recevable, attendu qu'il n'avait pas d'hypothèque sur les biens dont il s'agit, et que, conséquemment son inscription est nulle.

Le 9 pluviôse an 13, jugement par défaut, qui accueille leurs conclusions.

Le sieur Bouret forme opposition à ce jugement.

Le 20 messidor de la même année, autre jugement par défaut, faute de plaider, qui le déboute de son opposition.

Le sieur Bouret appelle de ce jugement.

Le 28 août 1806, arrêt par lequel,

« Attendu que les actes qui constituent les créances du sieur Bouret, ont été passés pardevant notaires à Paris, entre des parties domiciliées à Paris; que ces actes imprimaient une hypothèque générale sur les biens présens et à venir des débiteurs; que, quant aux immeubles situés dans l'ancien territoire de France, hors les pays de nantissement, l'effet de cette hypothèque s'est appliqué naturellement aux biens acquis par les débiteurs postérieurement à la constitution des créances, jusqu'à la loi du 11 brumaire an 7;

» Que, depuis cette loi, le créancier a pu requérir l'inscription au bureau de la conservation des hypothèques; que cette inscription lui a conservé ses droits, si elle a été prise à temps pour le maintien de son rang, et que, dans tous les cas, elle a opéré contre le débiteur;

» Que, si, à l'égard des biens situés dans les départemens réunis, le sieur Bouret n'aurait pu, avant la réunion, acquérir la même hypothèque dans toute son étendue, du moins il est vrai qu'il aurait eu la faculté de pratiquer des saisies-arrêts qui auraient affecté les immeubles, afin de lui attribuer préférence sur les autres créanciers postérieurs; que ce mode d'affectation n'existant plus, et ses titres étant authentiques et exécutoires, la loi ne saurait lui refuser le seul moyen qu'elle donne aujourd'hui au créancier qui a un acte parfait dans son origine, d'affecter les immeubles de son débiteur, savoir, l'inscription au bureau de la conservation des hypothèques; que cette hypothèque existait par la nature des actes consentis entre les parties, et donnait au créancier le *jus ad rem;* de telle sorte que, pour constituer le *jus in re,* il ne fallait que l'inscription;

» Qu'il résulte évidemment des dispositions de l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7, rapprochées de celles de l'art. 37 de la même loi, que le droit de prendre hypothèque naît de l'acte qui en est susceptible; que ce droit

est consommé par l'inscription ; et que toutes les hypothèques valables dans leur origine, ont pu être conservées telles qu'elles étaient, en remplissant les formalités de l'inscription;

» Que, dès-lors, ce que le créancier aurait pu faire dans l'ancien territoire de France, il peut le faire dans la Belgique; sans quoi, il faudrait dire que sa condition est détériorée, puisque, d'après ce qui a été ci-devant établi, il lui était loisible de faire des arrêts équivalens à un droit d'hypothèque;

» Qu'aucune loi positive n'a interdit l'hypothèque générale dans la Belgique, par rapport au débiteur qui l'aurait stipulée; que seulement elle eût été sans effet vis-à-vis les créanciers qui auraient eu des hypothèques spéciales;

» Que l'inscription qui embrasserait plus d'immeubles qu'il n'en faudrait pour la sûreté de la créance, ne serait qu'une plus-pétition, et n'annulerait pas l'acte en lui-même; qu'il ne s'agit pas même encore de la discussion des droits du sieur Bouret vis-à-vis d'autres créanciers, mais de statuer sur le mérite de sa demande aux fins de remettre à l'enchère les immeubles acquis par les intimés, par un seul et même contrat;

» Que la mise à l'enchère est favorable, puisqu'elle tend à opérer le bien des créanciers et des débiteurs, sans blesser l'intérêt de l'acquéreur, si ce n'est en lui ôtant le moyen de s'enrichir par des spéculations concertées au préjudice des légitimes créanciers;

» Que, de toutes ces observations, il résulte que Bouret a eu la faculté d'affecter réellement les immeubles dont il s'agit, au moyen de ses inscriptions, et, par conséquent, de requérir la mise aux enchères;

» La cour (d'appel de Bruxelles) met l'appellation et ce dont est appel, au néant; émendant, déclare les sieurs Lefebvre non-recevables et mal fondés dans leur demande originaire..... ».

Les sieurs Lefebvre se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« L'art. 31 de la loi du 11 brumaire an 7 (disent-ils, par l'organe de M. Mailhe) n'admet à surenchérir que *les créanciers dont les titres ont été inscrits*. Et assurément, la loi n'entend et ne peut entendre parler ici que d'une inscription régulière dans son mode, et légitime dans son objet; car une inscription qui serait nulle, soit par rapport aux formes qui doivent l'accompagner, soit surtout par rapport au titre qui doit lui servir de base, ne pourrait évidemment produire aucun effet. Inutilement donc la mise aux enchères aurait elle été acquise par un créancier dont l'inscription serait justement attaquée, comme manquant de quelqu'une des formalités essentielles prescrites par la loi. Il faut, surtout, que le titre inscrit soit un titre constitutif d'hypothèque sur l'immeuble vendu; et en effet, on ne peut rien concevoir de plus inefficace, de plus radicalement nul, que l'inscription d'un titre qui, par lui-même, n'emporterait pas hypothèque. *L'hypothèque ne prend rang* (dit l'art. 2 de la loi du 11 brumaire), *et les priviléges sur les immeubles n'ont d'effet, que par leur inscription sur des registres publics à ce destinés..... L'hypothèque existe* (ajoute l'art. 3), *mais à la charge de l'inscription, 1° pour une créance consentie par acte notarié; 2° pour celle résultant d'une condamnation judiciaire; 3° pour celle qui résulte d'un acte privé dont la signature aura été déclarée telle par un jugement; 4° pour celles auxquelles la loi donne le droit d'hypothèque;*

» Or, si l'hypothèque, soit conventionnelle, soit judiciaire, soit légale, existe en vertu du contrat notarié, du jugement ou de la loi qui la confère, sauf qu'il faut la faire inscrire pour lui assurer un rang effectif, n'est-il pas évident que l'inscription est à l'hypothèque ce qu'est le complément à un être réel qui n'attend plus que sa perfection? N'est-il pas évident que toute inscription qui ne se rattache pas à une hypothèque déjà subsistante en soi, n'est qu'un être de raison, qu'un corps sans élément et sans vie?

» Quel est l'objet d'une inscription sur les registres de la conservation des hypothèques? C'est de rendre public, de consolider, d'assurer le droit d'hypothèque qu'on a sur des immeubles situés dans l'arrondissement du bureau où se fait l'inscription.

» Ne serait-il donc pas absurde de supposer une inscription utilement prise, là où il n'existerait pas d'hypothèque à conserver ou assurer? Et si, aux termes de la loi, le créancier qui a une hypothèque inscrite sur l'immeuble vendu, peut seule en requérir la mise aux enchères, la loi et la raison ne résistent-elles pas nécessairement à l'idée qu'une telle réquisition puisse être valablement faite par un créancier qui ne représenterait qu'un vain fantôme d'inscription, qu'une inscription qu'il se serait ingéré de prendre sur l'immeuble, sans y avoir, et sans y avoir jamais eu aucun droit d'hypothèque?

» Sous le régime de l'édit de 1771, l'opposition qu'il fallait former au bureau des hypothèques, produisait, pour la conservation des droits hypothécaires, lors des mutations

de propriété et des lettres de ratification à prendre par le nouveau possesseur, le même effet que l'inscription établie, soit par les art. 2, 16, 17 et autres de la loi du 11 brumaire, pour assurer l'exercice des hypothèques postérieures à sa publication, nonobstant la transcription de l'acte de mutation de l'immeuble hypothéqué, soit par les art. 37 et 38, pour conserver aux hypothèques antérieures la date de leur titre, quand elles ne se trouvaient pas déjà inscrites en vertu de la loi du 9 messidor an 3, et que, dans le cas d'une mutation aussi antérieure, le nouveau possesseur, faute d'avoir definitivement purgé d'hypothèques sa propriété, était tenu d'y suppléer par la transcription de son contrat. Mais, entre tant d'autres différences qui distinguent le nouveau régime hypothécaire d'avec l'ancien, il en existe une remarquable par rapport au point que nous discutons.

» D'après l'édit de 1771, il suffisait d'être créancier du vendeur, sans être créancier hypothécaire, pour être autorisé à former opposition entre les mains du conservateur des hypothèques; si bien que les créanciers privilégiés et hypothécaires étant une fois payés, l'excédant du prix de la vente, s'il y en avait, devait être distribué entre les créanciers *chirographaires opposans*, par préférence aux créanciers privilégiés ou hypothécaires qui avaient négligé de faire opposition.

» Et de là s'éleva la question très-controversée de savoir si l'art. 9 de l'édit qui accordait à tout créancier légitime le droit d'enchérir et surenchérir au-dessus du prix de la vente, s'appliquait au créancier chirographaire, comme au créancier hypothécaire.

» Les uns faisaient participer le créancier chirographaire à ce droit, pourvu qu'il eût formé opposition.

» Les autres le lui attribuaient, alors même qu'il ne s'était pas rendu opposant.

» D'autres enfin le lui refusaient, soit qu'il eût quoiqu'il n'eût pas formé opposition. La loi de brumaire an 7 a prévenu toute difficulté, tout doute, à cet égard : elle a voulu que les créanciers dont les titres auraient été inscrits, pussent seuls faire mettre aux enchères l'immeuble vendu par leur débiteur; et ce n'est qu'aux créanciers hypothécaires qu'elle a conféré le droit de prendre inscription.

» Donc, pour être autorisé à requérir la mise aux enchères, il faut 1° avoir un droit d'hypothèque sur l'immeuble; 2° avoir fait inscrire le titre constitutif de ce droit.

» Et pourquoi cette faculté de requérir la mise aux enchères n'est-elle accordée qu'au créancier hypothécaire inscrit, privativement à tout autre créancier du vendeur?

» La loi nous en fournit le motif dans son texte même.

» Elle pose en principe, art. 1 et 2, que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés au paiement d'une obligation, et qu'elle ne prend rang que par son inscription sur des registres publics, etc.

» Venant au développement de ce principe, elle déclare, art. 14, que *les créanciers ayant..... hypothèque sur un immeuble, peuvent le suivre, en quelque mains qu'il se trouve, pour être payés et colloqués.....*, *suivant la priorité de leurs inscriptions....*

» Ensuite, elle déclare, art. 30, que, *si le prix exprimé dans le contrat est suffisant pour acquitter toutes les charges et hypothèques, l'acquéreur pour se dispenser d'en payer l'intégralité, et se garantir de l'effet des poursuites autorisées par l'art. 14, est tenu de notifier....*

» Et c'est en conséquence du droit réel, du droit de suite, acquis sur l'immeuble par l'hypothèque, que *tout créancier dont les titres ont été inscrits*, est autorisé par l'art. 31 à *requérir la mise aux enchères et adjudication publique de l'immeuble*, lorsque l'acquéreur a fait en temps utile la notification déterminée par l'art. 30.

» Le motif de cette faculté accordée au créancier hypothécaire inscrit, éclate dans toutes ces dispositions.

» Au moyen de son droit réel ou hypothécaire sur la chose affectée à sa dette (art. 1), tout créancier inscrit peut *suivre* cette chose, en *quelque mains qu'elle se trouve*, pour être payé et colloqué sur le prix, suivant le rang que lui assigne son inscription (art. 14); ou, en d'autres termes, il peut forcer l'acquéreur ou détenteur actuel à lui payer toute la dette hypothécaire.

» Et néanmoins, il n'est pas juste que l'acquéreur puisse être contraint à payer au-delà de la valeur qu'il attache à la chose.

» Aussi a-t-il la voie de la notification ouverte par l'art. 30, *pour se dispenser de l'intégralité des hypothèques, et se garantir de l'effet des poursuites* autorisées *par l'art. 14*; et s'il fait usage de cette voie, il n'est tenu de payer les dettes hypothécaires, que jusqu'à concurrence du prix stipulé dans son acte d'acquisition.

» Mais, d'un autre côté, il peut arriver que, par un concert frauduleux entre le vendeur et l'acquéreur, la chose ne soit ostensiblement aliénée qu'au-dessous de sa

valeur réelle, au préjudice des créanciers hypothécaires, qui, dès-là, se trouveraient privés d'une partie de leur gage.

» Et c'est pour obvier à cet inconvénient ultérieur, que, dans le cas où, conformément à l'art. 30, l'acquéreur a fait notifier son contrat, l'art. 31 accorde *à tout créancier dont les titres ont été inscrits*, la faculté de requérir la mise de l'immeuble aux enchères.

» Mais toujours est-il que cette faculté prend son véritable et unique fondement dans le droit que ce créancier a sur l'immeuble même, au moyen de l'hypothèque inscrite qui en a fait son gage; dans le droit qui lui est expressément accordé par l'art. 14, de *suivre* ce gage, *en quelque mains qu'il se trouve*.

» Donc la réquisition de mise aux enchères ne pourrait pas être exercée par les créanciers chirographaires du vendeur, attendu qu'ils n'ont aucun droit de suite sur ces immeubles.

» Donc, et par la même raison, le créancier même qui aurait hypothèque sur certains biens du vendeur, mais qui n'en aurait pas sur l'immeuble vendu par ce dernier, et qui conséquemment n'aurait pas le droit de le suivre dans les mains de l'acquéreur, serait sans titre et sans qualité pour requérir la mise de cet immeuble aux enchères.

» Donc, en un mot, un créancier ne doit ni ne peut être reçu à faire mettre aux enchères un immeuble vendu par son débiteur, qu'autant qu'il a, sur cet immeuble même, une hypothèque inscrite au bureau des hypothèques de l'arrondissement où il est situé.

» Voudrait-on argumenter de l'un des motifs de votre arrêt du 23 avril 1807, qui a rejeté, au rapport de M. Lasaudade, la demande du sieur Dabernad, en cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, du 21 avril 1806?

» Vous avez rejeté cette demande, attendu que le titre de la dame Trebos *était encore inscrit, et que ce titre apparent, quel qu'il fût, donnait le droit de surenchérir.*

» Mais ce motif, bien loin de contrarier les principes que nous invoquons ici, ne fait que les consacrer. Qu'avez-vous décidé? D'abord, vous avez déclaré que la dame Trebos avait un titre hypothécaire, et que ce titre était inscrit; considérés dans leur principe, ces deux points n'avaient jamais été contestés. Jusques-là donc, nul doute sur le droit de surenchérir. Seulement on opposait à la dame Trebos qu'elle avait consenti à la radiation de son inscription. Mais, voyant avec la cour d'appel de Toulouse, que la dame Trebos n'avait consenti à cette radiation, qu'à condition que son inscription serait transférée sur la maison reçue en contre-échange par son mari, que cette translation n'avait pas pu s'opérer utilement, et qu'en conséquence, la radiation n'avait pas été effectuée, vous avez décidé qu'il suffisait que la dame Trebos eût, sur le domaine dont il s'agissait, une hypothèque originaire, un titre véritablement hypothécaire dans son principe, d'ailleurs inscrit, et que l'inscription en fût toujours subsistante, pour que ce titre apparent lui donnât le droit de requérir la mise du domaine aux enchères....

» Il ne nous reste donc plus qu'à examiner si le sieur Bouret avait une hypothèque sur les biens vendus aux sieurs Lefebvre; et il ne nous sera pas difficile d'établir la négative.

» Il est vrai que les contrats notariés du 12 août 1774 lui ont conféré une hypothèque sur tous les biens présens et à venir de la dame de Guémenée.

» Mais une telle hypothèque ne pouvait frapper que les biens situés dans des pays où elle était admise par la loi. Elle ne pouvait pas s'étendre sur des biens situés, soit dans la Belgique, soit dans tout autre pays de nantissement, où la loi territoriale résistait à toute hypothèque contractuelle.

» Pour acquérir hypothèque sur les biens de la dame de Guémenée, il faudrait que le sieur Bouret eût été porteur d'un contrat portant promesse d'hypothèque spéciale sur ces biens, et qu'il se fût fait nantir par quelqu'une des voies admises par la loi de la situation, avant que la loi du 19 septembre 1790 eût été publiée dans cette contrée; ou qu'après la publication de cette loi il eût fait transcrire la grosse de la stipulation contractuelle au greffe du tribunal civil (1).

» Et s'il avait ainsi acquis hypothèque, il aurait fallu, pour la conserver après la publication de la loi du 11 brumaire an 7, qu'il la fît inscrire, et que, dans son inscription, il indiquât, non pas seulement le contrat, qui ne lui aurait donné aucun droit réel sur les biens dont il s'agit, mais spécialement l'acte de nantissement ou de transcription, qui seul lui aurait conféré hypothèque sur ces biens.

» Mais, lors de la publication de la loi du 11 brumaire, le sieur Bouret n'avait ni prati-

(1) *V.* l'article *Devoirs de loi*, § 4.

qué ni pu pratiquer aucune voie de nantissement, ni requis, ni pu requérir de transcription au greffe, puisqu'il n'avait pas de contrat portant promesse d'hypothèque spéciale.

» Donc il n'avait pas acquis d'hypothèque sur les biens situés en Belgique.

» Donc les inscriptions qu'il a prises sur ces biens, et dans lesquelles il n'a indiqué, ni pu indiquer que les contrats de 1774, sont inutiles et sans effet, ne pouvant pas, sans absurdité, être considérées comme lui ayant conservé une hypothèque que les contrats indiqués ne lui avaient point conférée sur ces mêmes biens, et qu'il n'avait d'ailleurs acquise par aucun des moyens admis par les lois qui les avaient régis antérieurement à la loi de brumaire.

» Le sieur Bouret ne peut pas, d'ailleurs, avoir acquis une hypothèque nouvelle par l'inscription de ses contrats faite, y est-il dit, en vertu de cette loi : car elle proscrit l'hypothèque générale pour l'avenir; et quant aux anciens titres, elle ne fait que maintenir à la charge de l'inscription, les droits hypothécaires acquis en vertu des lois précédentes, sans conférer aucun droit nouveau ».

Sur ces raisons, appuyées et mises dans un nouveau jour par M. l'avocat-général Daniels, au nom du ministère public, arrêt du 28 décembre 1808, au rapport de M. Audier-Massillon, par lequel,

« Vu les art. 3, 17, 31 et 43 de la loi du 11 brumaire an 7;

» Considérant que, dans la ci-devant Belgique, on ne reconnaissait, comme dans les pays de nantissement de la France, que des hypothèques spéciales, et que les obligations notariées n'acquéraient hypothèque aux créanciers auxquels les débiteurs les avaient consenties, qu'autant que les actes contenant cette stipulation, avaient été suivis de l'observation des formes prescrites à cet effet, et qui y étaient connues sous la dénomination d'œuvres de loi;

» Considérant qu'après l'abolition du régime féodal en France, et par la loi du 19 septembre 1790, la transcription des actes contenant stipulation d'hypothèque, faite au greffe de la situation des biens, avait été substituée aux œuvres de loi pour les pays de nantissement;

» Considérant qu'avant la réunion de la Belgique à la France, Bouret de Vezelay n'avait point fait réaliser le contrat de constitution de rente viagère dont il s'agissait, en faisant exercer les œuvres de loi, et que, depuis l'époque de cette réunion et de la publication dans la Belgique de ladite loi du 19 septembre 1790, il n'avait point fait transcrire ledit contrat au greffe de la situation des biens dont il s'agit; en sorte qu'à l'époque du 11 brumaire an 7, il n'avait point acquis d'hypothèque sur lesdits biens;

» Considérant que les art. 3 et 17 de cette dernière loi ci-dessus rapportés, veulent, pour la validité de l'inscription hypothécaire, que les bordereaux contiennent l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels on entend conserver l'hypothèque, et que l'art. 43 de la même loi n'a dispensé de la désignation de la nature et de la situation des immeubles, que pour les lieux où l'hypothèque générale était admise par les lois antérieures;

» Considérant que, dans les inscriptions prises par Bouret de Vezelay, il s'est borné à requérir l'hypothèque générale sur les biens présens et à venir des sieur et dame de Guémenée, sans faire l'indication prescrite par les articles ci-dessus rapportés; et qu'ainsi ces inscriptions n'ont pu produire aucun effet;

» Considérant qu'il résulte de l'art. 31 de ladite loi du 11 brumaire an 7, que la faculté de requérir la Surenchère ne peut être exercée que par les créanciers ayant hypothèque inscrite; d'où il suit que l'arrêt dénoncé a contrevenu aux articles précités de la loi du 11 brumaire an 7, en autorisant Bouret de Vezelay à provoquer la Surenchère des biens dont il s'agit;

» Par ces motifs, la cour.... casse et annulle.... ».

VI. Lorsqu'à une vente volontaire, faite sous l'autorité de la justice, il survient une Surenchère, de la part de l'un des créanciers inscrits, quel est le tribunal qui doit en connaître? Est-ce celui de la situation du bien vendu? Est-ce celui de l'autorité duquel la vente a été faite?

Le 27 messidor an 13, jugement du tribunal civil du département de la Seine qui, sur une contestation entre les créanciers de l'ancien et du nouveau propriétaire de la terre de Chaumont, située dans l'arrondissement de Rhétel, ordonne, du consentement de toutes les parties, que cette terre sera vendue à l'audience des criées de ce tribunal.

Le 4 brumaire an 14, la terre est effectivement vendue de la manière réglée par ce jugement.

Le sieur Papillon, l'un des créanciers inscrits, se rend surenchérisseur.

Le sieur Menessier, autre créancier, forme

une demandé en nullité de la Surenchère, et cite les parties, non au tribunal civil du département de la Seine, mais à celui de l'arrondissement de Rhétel.

Le sieur Papillon décline ce dernier tribunal, sur le fondement que sa Surenchère n'est qu'une suite de la vente, et que la vente ayant été ordonnée par le tribunal civil du département de la Seine, ce tribunal est seul compétent pour statuer sur les contestations qui peuvent en dériver.

Le 29 avril 1807,

« Attendu qu'il ne peut y avoir que deux espèces de ventes, la vente *volontaire* ou la vente par expropriation *forcée;* que celle dont il s'agit, ne peut pas être considérée comme une vente par expropriation *forcée*, puisque la terre à vendre étant située dans l'arrondissement du tribunal de Rhétel, lui seul aurait été compétent pour connaître d'une pareille vente;

» Que par conséquent, ce n'est qu'une vente volontaire qui n'a pu le dessaisir de la connaissance de l'ordre de la distribution du prix, et de la Surenchère, que lui attribuent l'art. 2218 du Code civil et les art. 9 et 31 de la loi du 11 brumaire an 7; que d'ailleurs l'art. 2187 du Code civil veut que la revente sur enchères ait lieu suivant les formes établies pour l'expropriation »;

Le tribunal civil de Rhétel rejette le déclinatoire proposé par le sieur Papillon.

Celui-ci se pourvoit en réglement de juges, et soutient que la connaissance de la Surenchère doit être renvoyée au tribunal civil du département de la Seine, 1° parceque le jugement qui a ordonné la vente de la terre de Chaumont, est émané de ce tribunal; 2° parceque l'art. 2187 du Code civil, qui veut que la *revente sur enchères* ait lieu suivant les formes établies pour les expropriations, est applicable seulement au cas de vente *volontaire* faite *par-devant notaire*, et non au cas de vente *ordonnée et faite* par l'autorité *judiciaire*.

Par arrêt du 13 août 1807, au rapport de M. Basire,

« Attendu que la vente faite aux criées du tribunal de la Seine, le 4 brumaire an 14, n'est point une vente judiciaire proprement dite, et ne peut être considérée que comme une vente volontaire; que le bien vendu est situé dans l'arrondissement de Rhétel;

» La cour renvoie l'affaire et les parties devant le tribunal de Rhétel, pour être par lui statué sur toutes les contestations auxquelles la vente dont il s'agit, a pu et pourra donner lieu ».

VII. L'art. 2190 du Code civil porte que « le désistement du créancier requérant la » mise aux enchères, ne peut, même quand » le créancier paierait le montant de la sou- » mission, empêcher l'adjudication publique, » si ce n'est du consentement exprès de tous » les autres créanciers hypothécaires ».

Peut-on conclure de là que le jugement qui, les délais de la Surenchère expirés, déclare le surenchérisseur déchu, n'empêche pas les autres créanciers de surenchérir?

La dame Daran d'Arcagnac, épouse du sieur de Morthon, après avoir fait dissoudre son mariage par le divorce, acquiert de son ci-devant mari des immeubles dont le prix est porté par le contrat à 41,550 francs. Elle fait transcrire l'acte de vente et le fait notifier, en fructidor an 12, aux créanciers inscrits, notamment aux sieurs Hue frères, au sieur et à la dame du Plagnie.

Le 4 brumaire an 13, les sieurs Hue requièrent la mise aux enchères et offrent de donner caution.

Cette offre n'est pas effectuée; et en conséquence, jugement du tribunal civil de Sainte-Afrique, du 8 fructidor de la même année, qui annulle la Surenchère.

Ce jugement est signifié aux sieurs Hue; et trois mois se passent sans que ceux-ci en appellent.

Les choses en cet état, les sieur et dame du Plagnie font une nouvelle Surenchère.

La dame Daran d'Arcagnac leur oppose le jugement du 8 fructidor an 13, et soutient que, par le défaut d'appel de ce jugement, elle est devenue propriétaire incommutable.

Les sieur et dame du Plagnie répliquent qu'ils n'ont pas été parties dans ce jugement; qu'on ne peut donc pas en exciper contre eux; qu'il est le résultat d'un concert frauduleux entre la dame Daran d'Arcagnac et les sieurs Hue; qu'il équivaut, de la part des sieurs Hue, à un désistement volontaire; et que c'est le cas de l'art. 2190 du Code civil.

Le 8 juillet 1806, jugement qui déboute les sieurs et dame du Plagnie de leur demande.

Les sieur et dame du Plagnie appellent de ce jugement.

Par arrêt du 9 mai 1806, la cour de Montpellier le confirme « attendu que la » Surenchère faite par les sieurs Hue frères, » a été rejetée par jugement du 8 fructidor » an 13, faute par eux d'avoir fourni caution; » que l'acquéreur n'est pas obligé d'appeler » tous les créanciers inscrits pour voir dé- » clarer la nullité de la Surenchère, puis- » que l'art. 833 du Code de procédure civil

» veut que, si la caution est rejetée, la Sur-» enchère soit déclarée nulle, et l'acquéreur » maintenu, à moins qu'il n'ait été fait d'au-» tres Surenchères par d'autres créanciers : » ce qui sert à prouver que la nullité de » chaque Surenchère ne doit être prononcée » qu'avec le créancier qui l'a faite, et que » l'art. 2190 du Code civil n'est point appli-» cable à l'espèce dont il s'agit ».

Recours en cassation contre cet arrêt.

« La cour d'appel de Montpellier (disent les demandeurs) a violé l'art. 2190 du Code civil, et appliqué faussement l'art. 833 du Code de procédure civile.

» Elle a violé le premier : car il résulte clairement de son texte, que le droit de demander l'adjudication d'un immeuble frappé d'une Surenchère, est acquis à tous les créanciers inscrits sur cet immeuble. Qu'importe que le jugement du 8 fructidor an 13 ait annulé la Surenchère des sieurs Hue? Qu'importe que ce jugement soit demeuré sans appel? Ce jugement est l'effet d'une collusion qui a été articulée et appuyée de moyens qui n'ont été ni détruits ni combattus.

» Elle a faussement appliqué le second : car cet article n'était pas encore décrété à l'époque de la réquisition de mise aux enchères faite par les sieurs Hue; et d'ailleurs, il prévoit bien le cas où la caution offerte et fournie a été rejetée, mais non celui où il n'a été ni présenté ni fourni de caution ».

Par arrêt du 8 mars 1809, au rapport de M. Minier,

« Attendu que le délai accordé par la loi pour surenchérir, était expiré, lorsque les demandeurs ont voulu se faire subroger à la Surenchère faite par les frères Hue, en offrant de fournir caution; que cette Surenchère ne pouvait plus profiter à personne; puisqu'elle avait été déclarée nulle vis-à-vis des frères Hue, par un jugement du 8 fructidor an 13, dont ils ne se sont pas rendus appelans, et qui a, conséquemment, acquis l'autorité de la chose jugée contre eux;

» Que, d'après ce jugement, la Surenchère faite par les frères Hue, devant être considérée comme n'ayant jamais existé, il est évident que du Plagnie et sa femme ne pouvaient pas la faire revivre en offrant de donner caution, et qu'ils doivent s'imputer de n'avoir pas surenchéri, pour leur propre compte, dans le délai de la loi;

» Enfin, qu'en le décidant ainsi, la cour d'appel de Montpellier n'a violé aucune disposition du Code civil, et qu'elle en a fait, au contraire, une très-juste application;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

VIII. Quel est, par rapport à la régie de l'enregistrement, l'effet d'une Surenchère qui suit une vente dont cette administration prétend que le prix n'a pas été porté, par le contrat, à sa vraie valeur? Cette Surenchère forme-t-elle un obstacle à l'expertise que la loi du 22 frimaire an 7 autorise la régie à provoquer, toutes les fois qu'elle estime que le prix énoncé dans un contrat, est au-dessous de la valeur réelle du bien vendu?

Le 22 janvier 1807, le sieur Riquebourg acquiert, pour 800,000 francs, la moitié d'une maison située à Paris. Survient une Surenchère de la part des créanciers hypothécaires du vendeur.

La régie de l'enregistrement requiert une estimation par experts, à l'effet de constater que la moitié de maison acquise par le sieur Riquebourg vaut plus de 80,000 francs.

Le sieur Riquebourg oppose à cette demande deux exceptions : 1°, dit-il, la Surenchère étant déjà, non-seulement formée, mais même admise, je ne suis plus réputé propriétaire. Il ne peut donc être intenté contre moi aucune demande en supplément du droit que j'ai payé en faisant enregistrer mon contrat. 2° La Surenchère doit au moins tenir lieu d'expertise : la demande de la régie est donc prématurée; il doit donc au moins être sursis à statuer sur cette demande, jusqu'après l'adjudication qui doit être la suite de la Surenchère.

Le 20 février 1808, le tribunal civil du département de la Seine, adoptant la deuxième exception du sieur Riquebourg, prononce le sursis auquel il a conclu subsidiairement.

Recours en cassation de la part de la régie; et par arrêt du 3 mai 1809, au rapport de M. Babille,

« Vu les art. 17, 18 et 19 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Et attendu que de la combinaison de ces articles, et de la généralité de leurs expressions, qui ne permettent ni exception ni modification, il résulte évidemment que l'expertise est le moyen spécial indiqué par la loi, pour connaître la vraie valeur d'un immeuble vendu;

» Que cette expertise ne peut, en aucun cas, éprouver le moindre retard, puisqu'elle doit être ordonnée *dans les dix jours de la demande;*

» Que tout ce qui tend à suspendre la perception du droit, est interdit généralement et dans tous les cas;

» Et qu'ainsi, il n'est permis de surseoir,

sous aucun prétexte, à l'expertise demandée conformément à l'art. 17;

» Que la Surenchère qui a servi de base au sursis prononcé par le jugement attaqué, n'a pas encore pu, bien qu'elle rendît dès-lors purement éventuelle la propriété de l'acquéreur, légalement motiver le sursis, parceque le droit d'enregistrement a été ouvert et est devenu exigible au moment même de son acquisition, quels qu'aient été les événemens survenus depuis, sauf en cas d'éviction par la suite de la Surenchère, son remboursement, à titre de loyaux-coûts, par celui qui deviendrait propriétaire en son lieu et place;

» D'où il suit que le sursis prononcé sous le prétexte de cette Surenchère, n'a pu l'être sans violation des art. 17, 18 et 19 de la loi de frimaire an 7, et même de l'ensemble de la loi, dont les dispositions sont dirigées vers le moyen d'opérer le plus prompt versement du droit d'enregistrement;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ».

Il a été rendu un arrêt semblable, le 27 juin de la même année. *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Surenchère*, §. 2.

En voici un troisième, du 6 juillet 1812, qui juge encore de même:

« Ouï le rapport de M. Chabot..... ;

» Attendu 1° que le droit pour la mutation de propriété, à titre onéreux, est dû à compter de la signature de l'acte translatif de propriété; qu'il est dû sur la valeur vénale du bien vendu, et non pas seulement sur le prix stipulé dans l'acte; qu'il est dû par l'acquéreur au profit duquel a été consentie la mutation; qu'il en résulte nécessairement que cet acquéreur est tenu personnellement de payer le droit, et même le double droit, s'il y a lieu, à raison de la différence qui existe entre la valeur vénale et le prix stipulé; et qu'ainsi, la régie de l'enregistrement est autorisée à former contre lui la demande en expertise;

» 2° Que les Surenchères faites par des créanciers du vendeur, sont étrangères à la régie de l'enregistrement, et qu'elle ne peuvent ni libérer l'acquéreur de l'obligation dont il est tenu, ni même en faire différer l'exécution, avec d'autant plus de raison, que c'est son fait personnel qui donne lieu à la réclamation de la régie; qu'ainsi, la Surenchère qu'opposait dans l'espèce le défendeur, ne pouvait autoriser le tribunal de Troyes à surseoir à l'expertise qui était demandée par la régie, et qu'en accordant le sursis, il a expressément violé l'art. 18 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle le jugement du tribunal de l'arrondissement de Troyes, du 17 juin 1810.... ».]]

[[SURETÉ PUBLIQUE. *V.* l'article *Renvoi (Demande en)*, n° 2.]]

* SURMESURE. C'est, en termes d'eaux et forêts, ce qui se trouve au-delà des ventes ordinaires réglées à une certaine quantité d'arpens, suivant la possibilité de chaque forêt.

I. L'art. 10 du tit. 15 de l'ordonnance des eaux et forêts, du mois d'août 1669, porte que l'arpenteur ne pourra, sous quelque prétexte que ce soit, comprendre, dans le triage d'une vente, une plus grande ni une moindre quantité d'arpens que celle qui lui aura été prescrite par le grand-maître (aujourd'hui par le conservateur); en sorte que le plus ou le moins ne puisse excéder un arpent sur vingt, et ainsi à proportion, à peine d'interdiction et d'amende arbitraire, telle que le grand-maître aura jugé à propos de la régler.

Si l'arpenteur vient à tomber jusqu'à trois fois dans la même erreur, il doit, suivant le même article, être interdit et déclaré incapable de faire la fonction d'arpenteur.

[[L'art. 52 du Code forestier du 21 mai 1827, porte que « les arpenteurs seront passibles de tous dommages-intérêts par suite » des erreurs qu'ils auront commises, lorsqu'il en résultera une différence d'un » vingtième de l'étendue de la coupe; sans » préjudice de l'application, s'il y a lieu, des » dispositions de l'art. 207 ».]]

II. Lorsque, par les procès-verbaux de réarpentage, il se trouve de la Surmesure, le marchand doit être condamné à la payer à proportion du prix principal et des charges de la vente qui lui a été faite, sans qu'il soit permis de faire, en espèces, compensation de la Surmesure avec le manque de mesure. C'est ce qui résulte de l'art. 8 du tit. 16 de l'ordonnance citée. (M. Guyot.) *

[[III. Cette disposition est-elle applicable à l'adjudicataire d'une coupe de bois, qui l'a achetée, sous l'empire de l'ordonnance de 1669, non à la mesure, mais en bloc? En tout cas, l'action en paiement de la Surmesure se prescrit-elle, d'après l'art. 1622 du Code civil, par le laps d'une année, à compter du jour de l'adjudication?

Martin Theysson s'était rendu adjudicataire, moyennant 240 francs, de la coupe d'un canton de bois désigné dans le cahier

des charges comme contenant 2 hectares 32 ares 56 centiares.

Le procès-verbal de récolement ayant constaté que ce canton de bois contenait, non pas 2 hectares, 32 ares 56 centiares, mais 4 hectares 80 ares, une contrainte a été décernée contre Mathieu Theysson, en paiement d'une somme de 282 francs, 32 centimes, prix de la Surmesure.

Mathieu Theysson a formé opposition à cette contrainte, et a soutenu 1° qu'il avait acheté en bloc et non à la mesure; 2° qu'en tout cas, n'ayant été poursuivi pour le prix de la Surmesure, que plus d'un an après l'adjudication, il se trouve libéré par la prescription établie, pour ce cas, par l'art. 1622 du Code civil.

Le 25 juillet 1809, jugement en dernier ressort du tribunal civil des Deux-Ponts, qui, adoptant ces deux moyens d'opposition, déclare la contrainte nulle.

Mais la régie de l'enregistrement et des domaines se pourvoit en cassation, et soutient 1° que la disposition de l'art. 8 du tit. 16 de l'ordonnance de 1669 est trop générale pour n'être pas applicable aux adjudications de coupes de bois en bloc; 2° qu'elle forme, pour les adjudications de coupes de bois, une loi spéciale, et qu'elle ne peut, comme telle, d'après le principe rappelé au mot *Loi*, §. 11, n° 2, être modifiée par l'art. 1622 du Code civil.

Par arrêt du 3 novembre 1812, au rapport de M. Dutocq,

« Vu l'art. 8 du tit. 16 de l'ordonnance des eaux et forêts de 1679, et l'art. 76 du cahier des charges de l'an 14;

» Et attendu qu'il résulte du procès-verbal de réarpentage du 26 mars 1807, que la coupe de bois adjugée à Theysson, pour 2 hectares 32 ares 56 centiares, d'après le procès-verbal de martelage et balivage, du 6 messidor an 13, et le n° 58 de l'affiche, s'est trouvé contenir 4 hectares 80 ares;

» Que, dès-lors, il y a une Surmesure de plus de moitié, pour laquelle l'administration a été autorisée à décerner une contrainte aux fins du paiement, par ledit Theysson, d'une somme de 282 francs 32 centimes, somme au paiement de laquelle elle a conclu, devant le tribunal de première instance des Deux-Ponts;

» Que cependant ce tribunal l'a déboutée des fins de sa demande, sous le prétexte qu'elle avait adjugé en bloc cette coupe de bois à Theysson, et qu'elle avait encouru la déchéance, aux termes de l'art. 1622 du Code civil;

» Qu'en jugeant ainsi, ce tribunal a fait une fausse application dudit article, qui ne peut avoir trait aux affaires régies par l'ordonnance des eaux et forêts, de 1669, et a contrevenu à l'art. 8 du tit. 16 de ladite ordonnance, et à l'art. 76 du cahier des charges, ci-dessus cités;

» La cour casse et annulle..... ».

Il ne pouvait y avoir aucune difficulté, dans cette affaire, à écarter l'exception que l'adjudicataire prétendait tirer de la prescription établie par l'art. 1622 du Code civil; car cet article ne porte que sur les ventes d'immeubles; et il est bien constant, comme on le verra au mot *Vente*, §. 8, art. 7, que des bois vendus pour être exploités, ne sont, du vendeur à l'acheteur, que des objets mobiliers.

IV. Au surplus, il est à remarquer que la disposition de l'art. 8 du tit. 16 de l'ordonnance de 1669, n'est pas renouvelée par le Code forestier du 21 mai 1827; mais de là s'ensuit-il qu'elle est comprise dans l'abrogation dont l'art. 218 de ce Code frappe « toutes » lois, ordonnances, édits et déclarations, ar» rêts du conseil, arrêtés et décrets, et tous » réglemens intervenus, à quelque époque » que ce soit, *sur les matières réglées par le* » *présent Code*, en tout ce qui concerne les » forêts.... »?

Cette question est traitée dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Surmesure*.]]

* SURSÉANCE. Délai, suspension, temps pendant lequel une affaire est sursise.

I. Les lettres de répit et celles d'état, qu'on obtient en chancellerie, contiennent des clauses de Surséance.

[[L'usage de ces lettres est aboli. Mais il est des cas où les juges peuvent accorder des délais aux débiteurs qu'ils condamnent à payer. *V.* les articles *Délai*, sect. 3, et *Juif*, sect. 5, §. 4, n° 5.]]

II. Les arrêts qui portent défenses d'exécuter les sentences d'un juge inférieur, portent Surséance à toute poursuite. Ces Surséances se lèvent en connaissance de cause par le juge qui les a accordées. *V.* l'article *Exécution provisoire*.

Par l'art. 2 du tit. 13 de l'ordonnance des eaux et forêts, du mois d'août 1669, il est expressément défendu, sous peine d'interdiction et d'amende arbitraire, aux officiers des tables de marbre et autres juges en dernier ressort, de surseoir l'exécution des jugemens rendus pour délits, malversation, confiscation et destitution, dont il peut être interjeté appel. (M. Guyot.) *

[[Aujourd'hui, l'effet de tout jugement qui prononce une peine correctionnelle pour un délit forestier, est, de plein droit, sus-

pendu par l'appel. *V.* le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, art. 194; et le Code d'instruction criminelle de 1808, art. 203.

III. Quel est l'effet de la loi qui surseoit, pour un temps quelconque, à l'exercice de certaines actions?

V. l'article *Guerre*, nº 1.]]

[[SURVEILLANCE DE LA HAUTE POLICE (RENVOI SOUS LA). C'est une peine, ou plutôt une mesure qui a pour objet de donner une garantie à la société contre les nouveaux crimes et les nouveaux délits dont pourraient se rendre coupables des hommes déjà atteints par des condamnations.

Voici ce que porte là-dessus le Code pénal de 1810:

« Art. 44. L'effet du renvoi sous la Surveillance de la haute police de l'État sera de donner au gouvernement, ainsi qu'à la partie intéressée, le droit d'exiger, soit de l'individu placé dans cet état, après qu'il aura subi sa peine, soit de ses père et mère, tuteur ou curateur, s'il est en âge de minorité, une caution solvable de bonne conduite, jusqu'à la somme qui sera fixée par l'arrêt ou jugement.

» Toute personne pourra être admise à fournir cette caution. Faute de fournir ce cautionnement, le condamné demeure à la disposition du gouvernement, qui a le droit d'ordonner, soit l'éloignement de l'individu d'un certain lieu, soit sa résidence continue dans un lieu déterminé de l'un des départemens du royaume.

» 45. En cas de désobéissance à cet ordre, le gouvernement aura le droit de faire arrêter et détenir le condamné, durant un intervalle de temps qui pourra s'étendre jusqu'à l'expiration du temps fixé pour l'état de la Surveillance spéciale.

» 46. Lorsque la personne mise sous la Surveillance spéciale du gouvernement, et ayant obtenu sa liberté sous caution, aura été condamnée par un arrêt ou jugement devenu irrévocable, pour un ou plusieurs délits commis dans l'intervalle déterminé par l'acte de cautionnement, les cautions seront contraintes, même par corps, au paiement des sommes portées dans cet acte. Les sommes recouvrées seront affectées de préférence aux restitutions, aux dommages-intérêts et frais adjugés aux parties lésées par les crimes ou délits.

» 47. Les coupables condamnés aux travaux forcés à temps et à la réclusion, seront, de plein droit, après qu'ils auront subi leur peine, et pendant toute la vie, sous la Surveillance de la haute police de l'État.

» 48. Les coupables condamnés au bannissement, seront, de plein droit, sous la même Surveillance pendant un temps égal à la durée de la peine qu'ils auront subie.

» 49. Devront être renvoyés sous la même Surveillance, ceux qui auront été condamnés pour crimes ou délits qui intéressent la sûreté intérieure ou extérieure de l'État.

» 50. Hors les cas déterminés par les articles précédens, les condamnés ne seront placés sous la Surveillance de la haute police de l'État, que dans le cas où une disposition particulière de la loi l'aura permis »

Le premier de ces articles a fait naître deux questions qui sont ainsi résolues par un avis du conseil d'état, du 4 août 1812, qui a été approuvé le 20 septembre de la même année:

« Le conseil d'état, qui a entendu le rapport de la section de législation sur celui du ministre de la police générale, présentant la double question de savoir par qui et devant quelle autorité peut être poursuivie la fixation du cautionnement porté par l'art. 44 du Code pénal, quand ce cautionnement n'a pas été fixé par le jugement ou arrêt qui a prononcé au principal, vu ledit art. 44;

» Considérant 1º que le droit d'exiger des condamnés placés sous la Surveillance de la haute police de l'État, le cautionnement dont ils sont passibles, n'étant accordé qu'au gouvernement et aux parties civiles, il s'ensuit qu'eux seuls ont caractère pour demander que ce cautionnement soit fixé, sans que les condamnés puissent les obliger à user d'un droit qui serait blessé dans son essence même, s'il n'était librement exercé;

» 2º Que, lorsque le jugement ou arrêt de condamnation n'a pas éventuellement fixé le montant du cautionnement, la demande qui en est formée, après l'expiration de la peine, par le gouvernement ou les parties civiles, n'est évidemment qu'un incident relatif à l'exécution du premier jugement ou arrêt, et ne peut être porté que devant les mêmes juges;

» Est d'avis que, sur l'un et l'autre point, il n'échet de recourir à de nouvelles dispositions ».]]

[[SURVIE. C'est la prolongation de la vie au-delà d'une époque donnée.

L'art. 422 de la coutume de Normandie exigeait, pour la validité d'un testament, que le testateur eût survécu à sa confection pendant trois mois.

L'art. 116 de la coutume de Bourbonnais et l'art. 6 du tit. 7 de la coutume du duché de Bourgogne, voulaient que tout partage,

entre enfans et descendans, fût nul, à défaut de Survie pendant vingt jours dans l'une, et quarante dans l'autre.

Ces statuts sont certainement abrogés par le Code civil : l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 ne permet pas d'en douter. Mais leur abrogation ne remonte-t-elle pas à une époque antérieure à ce Code ? N'a-t-elle pas été prononcée implicitement par la loi du 17 nivôse an 2 ? *V.* les arrêts de la cour de cassation, des 5 nivôse et 18 fructidor an 13, rapportés au mot *Testament*, sect. 3.]]

SURVIE (GAINS DE). *V.* l'article *Gains nuptiaux et de Survie.*

SUSPENSION. *V.* les articles *Censure*, *Discipline* et *Interdiction d'officiers.*

* SUZERAINETÉ. Ce mot indique une directe ou une juridiction médiate.

Les jurisconsultes n'ont pas tous donné le même sens à ce mot.

Loyseau paraît entendre, par là, toutes les seigneuries subalternes ; c'est ce qu'on peut voir au n° 82 du chap. 1 de son traité sur cette matière. Après y avoir exposé son système sur l'origine des seigneuries, qu'il attribue toutes à l'usurpation des vassaux, il en tire ce résultat général : « Il s'ensuit, qu'en » France, et en si peu qu'il y a d'autres pays » où la justice publique est laissée en pro» priété aux particuliers, il y a deux degrés » de seigneurie publique, à savoir, celle qui » demeure inséparablement par-devers l'É» tat, nonobstant cette usurpation, que nous » appelons *souveraineté*, et celle qui a été » ainsi usurpée par les particuliers, pour la» quelle exprimer, il nous a fallu forger un » mot exprès, et l'appeler *Suzeraineté*, mot » qui est aussi étrange comme cette espèce » de seigneurie est absurde : comme, au pa» reil, nous avons deux degrés de seigneurie » privée, à savoir, la directe, qui est celle » des seigneurs féodaux ou censuels, et la » seigneurie utile, qui est celle des vassaux » et sujets censiers ».

Le même auteur, chap. 4, n° 1, distingue encore deux espèces de seigneuries publiques, l'une souveraine, qui est le droit d'administration suprême, et l'autre subalterne, que nos coutumes appellent, dit-il, *suzeraine*. Il définit, en conséquence, la seigneurie suzeraine, *la dignité d'un fief ayant justice.*

Cette acception du mot *Suzeraineté*, paraît avoir été adoptée par quelques autres auteurs, et particulièrement par le président Hénault, dans les remarques séparées qu'il a jointes à son histoire de la seconde race.

Cependant ce mot ne paraît point offrir ce sens dans nos coutumes, et Loyseau lui-même, dans le cours de son ouvrage, abandonne le mot de *Suzeraineté*, pour désigner, par celui de seigneurie, la réunion de la directe et de la justice dans la même main. Il le pratique même, de cette manière, dans le surplus du chap. 4, quoiqu'il l'ait intitulé, *des seigneuries suzeraines ou subalternes.*

Brussel, dans son *Usage général des Fiefs* pendant les onze, douze, treize et quatorzième siècles, appelle *suzerain* tout seigneur dominant, lors même qu'il le considère simplement comme dominant et relativement à ses vassaux immédiats. C'est ainsi qu'il dit, liv. 2, chap. 4, que « le vassal ordinaire » avait la faculté d'envoyer en son lieu un » chevalier pour acquitter vers le *suzerain* » les quarante jours de service d'ost, dont le » fief était chargé, au lieu que le vassal-lige » était tenu de faire en personne le service ; » que, si néanmoins la guerre du *suzerain* » n'était pas en chef, c'est-à-dire, si elle ne » le regardait pas directement, alors le vas» sal-lige pouvait envoyer en son lieu un » chevalier, en consignant cependant au » *suzerain* sa terre qui relevait de lui, si la » situation de cette terre était importante ».

Le même auteur dit dans le même sens, liv. 2, chap. 5, que, « lorsque le roi possédait » quelque terre relevant de ses sujets, il était » tenu de faire acquitter par un ou par plu» sieurs nobles, selon le plus ou le moins » d'importance de cette terre, les devoirs et » les services dont elle était chargée vers le » *suzerain* ».

Enfin, il dit encore, chap. 6 du même livre, que la semonce de faire le service du fief, « devait être faite à chaque vassal par » son *suzerain* ; et qu'alors, si le vassal ne » comparaissait point, il était tenu d'indem» niser son *suzerain* de l'amende que ce *suze*» *rain* avait encourue envers le roi ; pour » ne lui avoir point amené le nombre d'ar» rière-vassaux dont il était tenu ».

On trouve ce mot employé en ce même sens dans tout le cours de l'*Usage général des fiefs*, et dans quelques autres auteurs. Brussel se sert du mot *haut seigneur*, ou de celui de *haut suzerain*, pour indiquer le seigneur qui a la mouvance médiate, ou le dominant du seigneur dominant. Il suffira de citer ici ce qu'il dit au commencement du chap. 15 du liv. 11 :

« Quoique tout *suzerain* eût cour plénière sur son vassal, en ce qui concernait le fief que celui-ci tenait de lui, il est néanmoins quelquefois arrivé qu'un *suzerain* a lui-même

traduit son vassal en la cour du *haut suzerain* pour y être statué sur le différend d'entr'eux au sujet du fief.

» Du Cange remarque à ce propos, après Beaumanoir, chap. 62 et 67, que, quand le *suzerain* n'avait pas un nombre suffisant de pairs dans sa mouvance, pour juger son vassal, il en empruntait du *haut suzerain* à ses frais; et que, lorsque ses facultés ne lui permettaient pas de faire cette dépense, ou que le *haut suzerain* ne voulait point lui prêter de pairs, il traduisait lui-même son vassal en la justice de ce *haut suzerain*.....

» Mais les *suzerains* prenaient aussi quelquefois, par une autre raison, le parti de traduire leurs vassaux dans la cour du *haut seigneur*; et c'était quand le *suzerain* se sentait trop faible pour pouvoir contraindre son vassal à rester à droit dans sa cour, ou à exécuter ce qui y aurait été jugé ».

Celles de nos coutumes au contraire qui se sont servies du mot *suzerain*, entendent unanimement le seigneur médiat, ou le seigneur dominant du dominant, lorsqu'il s'agit de directe; et lorsqu'il s'agit de juridiction, le seigneur qui connaît des causes d'appel, et à la justice duquel ressortit la juridiction de première instance. C'est ce qu'on peut voir dans une foule d'articles des coutumes d'Anjou, de Lodunois, du Maine, de Poitou, de Touraine, etc.

L'art. 108 de la coutume de Touraine dit que « les seigneurs *suzerains* peuvent, pour » leur intérêt et la conservation de leurs » droits, faire interrompre, au-dedans de » quarante ans, la possession des gens d'é» glise ou autres tenans à mainmorte, qui » ont acquis dedans les fiefs de leurs vas» saux, et leur faire vider leurs mains ».

La coutume de Lodunois en dit autant dans l'art. 8.

L'art. 65 de la coutume d'Anjou dit en général, tant pour la mouvance que pour la justice : « Premièrement, le roi, comme duc » d'Anjou, a ressort et *Suzeraineté* sur les » objets dudit pays, *tant en cas d'appel qu'au*» *trement*. Aussi ont les comtes, vicomtes, » barons, châtelains, et autres seigneurs de » fiefs, chacun en leur regard ».

Presque tous les articles du titre *de dépie de fief et de parage*, de cette coutume et de celle du Maine, appellent *seigneur suzerain*, celui dont la mouvance est seulement médiate et éloignée d'un degré.

Enfin, les art. 69 de la coutume d'Anjou et 79 de celle du Maine, qualifient de juges *suzerains* les juges d'appel. Les coutumes de Tours, art. 31, et de Lodunois, tit. 1, art. 27, en disent autant; Le Proust observe sur cette dernière coutume, que « le juge » suzerain est à dire celui qui est par-dessus » le juge du bas justicier, qui est une qualité » qui vient du mot *sus*, pour dire qui est su» périeur ».

C'est dans ce dernier sens que le plus grand nombre des auteurs entendent les mots *suzerain* et *Suzeraineté*; et l'on ne voit pas ce qu'il a de plus *étrange* que tant d'autres mots de notre jurisprudence française, que les usages des fiefs ont fait adopter. Le mot même de *souverain* a une origine tout aussi barbare.

Le coutumes de Poitou, d'Anjou, du Maine et quelques autres, emploient aussi dans la même acception, le mot de *chef-seigneur*. Beaumanoir s'est servi de ceux de *seigneur souverain* ou *seigneur par-dessus*. *V.* les *Coutumes de Beauvoisis*, chap. 62, page 321.

Le mot *suzerain* a pour corrélatifs, dans ce sens, ceux *d'arrière-vassal, sous-vassal* et *vavasseur*, comme celui de *Suzeraineté* répond à ceux d'*arrière-fief, sous fief* et *vavassorie*. On doit néanmoins observer que ce dernier terme a une signification moins précise; mais elle désigne toujours une tenure d'un ordre inférieur. *V.* l'article *Vavasseur*. (M. Garran de Coulon.) *

[[Il n'y a plus, ni seigneur, ni suzerain, ni vassal, ni arrière-vassal. *V.* l'article *Fief*, sect. 2, §. 6.]]

SYNALLAGMATIQUE. *V.* les articles *Convention, Double écrit* et *Vente*, §. 1.

* SYNDIC. C'est un officier établi ou mandataire délégué pour prendre soin des affaires d'une communauté, d'un corps, d'une réunion quelconque d'individus dont il est membre.

I. Le Syndic, considéré comme officier d'un corps, est chargé de répondre de la conduite du corps même; il fait et reçoit les mémoires qui regardent les affaires ou les intérêts de la communauté; il contrôle et corrige les actions et les fautes des particuliers qui dépendent de la communauté, ou du moins il les fait blâmer ou réprimander dans les assemblées publiques. Dans le fond, le Syndic est en même temps l'agent et le censeur de la communauté. (M. Guyot.) *

[[Tels étaient, avant la suppression des jurandes, les Syndics des communautés d'arts et métiers.

Tels étaient encore, dans l'ancien clergé de France, les Syndics des diocèses, dont il est fait mention dans l'art. 50 de l'édit du mois

d'avril 1695, concernant la juridiction ecclésiastique.

Tels étaient enfin, dans la Provence et le Languedoc, les Syndics des villes.

Et tels sont encore aujourd'hui les Syndics des chambres des notaires et des avoués. *V.* les articles *Chambre des avoués* et *Notaire*.

II. La dénomination de Syndic, en tant qu'elle est synonyme de *mandataire* d'une réunion de personnes, s'applique particulièrement aux directeurs des créanciers-unis de faillites. Il en est parlé sous les mots *Faillite* et *Banqueroute*, sect. 2.

Au surplus, *V.* les articles *Autorisation de Syndic, Mandat* et *Union de créanciers.*]]

. [[SYNDIC DES GENS DE MER. On appelle ainsi des officiers dont les art. 8, 9, 10, 19, 20, 21, 22, 23 et 27 de la loi du 3 brumaire an 4, concernant l'inscription maritime, règlent les attributions et les devoirs.

I. Les Syndics des gens de mer sont-ils justiciables des tribunaux ordinaires, pour les crimes et les délits qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions?

Le 1er octobre 1810, le sieur Desoër, Syndic des gens de mer au quartier de Bruxelles, arrondissement du port d'Anvers, tue, dans l'exercice de ses fonctions, un homme qu'il croit marin et déserteur, mais qui est ensuite reconnu ne pas appartenir à la marine.

Traduit devant le directeur du jury de Bruxelles, il demande son renvoi devant le tribunal maritime du port d'Anvers.

Le 14 novembre suivant, le préfet maritime écrit au procureur général de la cour de justice criminelle du département des Deux-Nèthes, que le grand-juge ministre de la justice, consulté sur ce déclinatoire, a répondu que Desoër devait être jugé par les tribunaux ordinaires.

En conséquence, la procédure s'instruit; et le 1er avril 1811, arrêt qui condamne Desoër à vingt années de fers.

Desoër se pourvoit en cassation, et soutient, entre autres choses, que, d'après l'art. 10 du décret du 22 novembre 1806, rapporté aux mots *Tribunal maritime*, le tribunal maritime du port d'Anvers était seul compétent pour le juger.

Mais par arrêt du 26 du même mois, au rapport de M. Benvenutti, son recours est rejeté, « attendu que, d'après l'art. 76 du » décret du 22 juillet 1806, la juridiction » ordinaire a caractère pour connaître du » crime dont le demandeur était prévenu ».

II. Quelles peines encourent les Syndics des gens de mer qui, par leurs négligences, favorisent la désertion des marins? Peut-on les poursuivre, à raison de ces négligences, sans une décision préalable du conseil d'état; ou jouissent-ils, à cet égard, de la prérogative attribuée aux agens du gouvernement par l'art. 75 de la loi constitutionnelle du 22 frimaire an 8?

Le 10 février 1810, Jean-Baptiste Vanfrayenhove, marin, de la commune d'Hingène, classé dans le quartier de Bruxelles et immatriculé dans le syndicat de Termonde, est admis à bord du bateau les *Trois-Frères*, d'Alost, par Léonard Debièvre, patron de ce bateau.

Le 10 mai suivant, il est compris dans la grande levée de la marine, pour servir sur les vaisseaux de l'État.

Cependant il reste sur le bateau les *Trois-Frères*, jusqu'au 22 mars 1811.

A cette époque, sont arrêtés et traduits devant le tribunal correctionnel de Termonde, comme prévenus d'avoir favorisé sa désobéissance, 1° le patron du bateau les *Trois-Frères*, pour l'avoir reçu sur son bord, le 10 février 1810, à l'insçu du commissaire de son quartier et de son Syndic, sans même qu'il fût muni d'aucun papier; 2° François Debièvre, Syndic des marins d'Alost, frère du patron du bateau les *Trois-Frères*, pour avoir inscrit Vanfrayenhove, le 2 mai suivant, sur le rôle d'équipage de ce bateau; et pour avoir ensuite autorisé la sortie de ce même bateau, dar *son visa;* 3° Ange Tempels, Syndic des marins de Termonde, pour avoir apposé à ce rôle d'équipage quatre *visa*, dont deux sont postérieurs à l'époque où Vanfrayenhove s'est trouvé en état de désobéissance; 4° François Castelyn, Syndic des marins de Tamise, pour n'avoir pas obtempéré à l'ordre que lui a donné le commandant de la colonne mobile envoyée à Hingène pour la recherche des conscrits et marins réfractaires, de faire arrêter Vanfrayenhove.

Le 27 décembre 1811, jugement par lequel,

« Considérant que le rôle d'équipage dont est porteur le batelier Debièvre, prouve que l'embarquement du marin Vanfrayenhove a eu lieu le 2 mai 1810; qu'une carte d'inscription avait été précédemment délivrée à ce marin par le Syndic de Termonde; que la loi ne paraît rien exiger de plus d'un patron pour pouvoir recevoir à bord un marin qui

demande du service hors son syndicat, sauf le *visa* à donner par le Syndic du lieu où l'embarquement se fait;

» Considérant que ce rôle a été signé par le Syndic d'Alost le 2 mai susdit, signature exigée par l'art. 6 de l'ordre de service émané d'Anvers le 1er novembre 1807, portant: *Ils devront, quand les patrons des navires, barques, etc., embarqueront un marin ou débarqueront eux-mêmes, faire porter le mouvement sur les rôles par l'administration du syndicat où ils se trouveront;* d'où il s'ensuit que le Syndic d'Alost n'a point contrevenu à son devoir en inscrivant le marin Vanfrayenhove sur le rôle d'équipage, quoique étranger à son syndicat, ensuite en y donnant son *visa* pour le mouvement du navire; que l'embarquement de Vanfrayenhove a eu lieu avant la levée à laquelle il avait été appelé; que sa demeure à Hingène, syndicat de Termonde, ne peut faire supposer que le patron Debièvre et son frère le syndic d'Alost auraient eu l'intention de soustraire au service militaire ou de favoriser ledit Vanfrayenhove, d'autant plus que le rôle d'équipage mettait ce marin en évidence en tous les lieux où le bâtiment devait passer et notamment dans le syndicat de Termonde, étant celui où ce même marin avait obtenu du Syndic Tempels une carte d'inscription;

» Considérant que les *visa* portés sur le rôle du bâtiment en différens lieux, et notamment à Termonde, Bruxelles et Anvers, ont pu mettre les frères Debièvre, patron et Syndic, dans l'ignorance que Vanfrayenhove n'était pas exempté ou remplacé;

» Considérant que l'embarquement d'un marin, au lieu de favoriser le délit de recélé, tend au contraire à le prévenir, puisque c'est pour mettre les patrons propriétaires à l'abri d'une telle accusation, qu'ils ne peuvent recevoir à bord que des marins inscrits sur leurs rôles (loi du 3 brumaire an 4, art. 9); que le Syndic de Tamise a paru ne point avoir obtempéré à l'ordre du maire d'Hingène, que parcequ'ayant trouvé Vanfrayenhove régulièrement porté sur le rôle d'équipage muni de *visa*, particulièrement des Syndics de Bruxelles, Termonde, Anvers, etc., il aurait pu faire un excès de pouvoir en arrêtant ledit marin; quant au Syndic de Termonde, qu'il appert, par les certificats du commissaire du quartier de Bruxelles, que ce commissaire s'est chargé de l'opération de la levée ou désignation des marins à laquelle Vanfrayenhove était appelé; que le rôle d'équipage a été postérieurement signé par ledit officier; qu'il paraît d'ailleurs qu'il s'est chargé personnellement de tout ce qui était relatif à l'exécution de cette levée; que le Syndic Tempels s'est adressé audit commissaire, à l'effet de savoir si Vanfrayenhove avait été remplacé; qu'enfin, toutes ces circonstances réunies doivent faire présumer que le Syndic de Termonde n'a pas eu l'intention de soustraire ce marin au service militaire; de tout quoi il résulte qu'il n'est point prouvé, à suffisance de droit, que les prévenus sont coupables du délit qu'on leur impute; vu d'ailleurs que la loi du 24 brumaire an 6 dispose formellement que le fait de recélé n'est punissable qu'autant qu'il a été commis sciemment....;

» Le tribunal, faisant droit et statuant en premier ressort, déclare les prénommés Léonard Debièvre, Joseph-François Debièvre, Ange Tempels et François Castelyn non convaincus d'avoir soustrait Jean-Baptiste Vanfrayenhove, conscrit de l'an 1810, au service militaire, et d'avoir favorisé sa désobéissance et sa désertion; les décharge en conséquence de la présente poursuite, et ordonne qu'ils seront sur-le-champ mis en liberté ».

Le procureur criminel du département de l'Escaut appelle de ce jugement.

Le 27 février 1812, le tribunal correctionnel de Gand statue ainsi sur cet appel:

« En ce qui touche Léonard Debièvre,

» Considérant qu'il est demeuré constant au procès, que le marin Vanfrayenhove était déjà, depuis quelque temps, embarqué sur le navire de ce prévenu, lorsqu'il a été désigné pour le service actif de la marine; qu'il est encore demeuré constant que ce prévenu a fait porter ce marin sur le rôle de son équipage par le Syndic de la marine du syndicat d'Alost, comme le lui prescrivait l'art. 27 de la loi du 3 brumaire an 4; qu'il est irrélevant, par rapport au prévenu, d'examiner la question quels étaient les papiers dont ce marin était alors pourvu, puisqu'en présentant ce marin au Syndic de son syndicat, pour le porter sur son rôle d'équipage, le prévenu a pu, sur ce point, se référer aux connaissances de ce Syndic, et croire que lesdits papiers étaient trouvés en règle, dès que ce Syndic consentait à le porter sur ledit rôle; qu'il n'a pas été vérifié qu'avant le 3 mars 1811, le prévenu ait été instruit que ce marin avait été mis en activité de service; qu'il a pu avec d'autant plus de raison être tranquille à cet égard, qu'en faisant porter ce marin par le Syndic de la marine sur son rôle d'équipage, il avait mis l'administration de la marine à même de suivre les mouvemens de ce marin, et par conséquent il a pu et il a dû croire que ce Syndic en avait tenu note sur l'extrait de la matricule de l'ad-

ministration du quartier, conformément aux art. 9 et 27 de ladite loi du 3 brumaire an 4; et par une conséquence ultérieure, que, le cas échéant, l'appel de ce marin au service actif aurait été notifié au navire où ce marin était employé; et d'autant plus que ce marin n'avait point de domicile, soit à Hingène, lieu de sa naissance, soit à Bruxelles, où il avait été désigné pour le service;

» Considérant qu'il n'a pas été contesté que le prévenu, dès que, le 3 mars dernier, il a appris que la commune d'Hingène était frappée d'exécution militaire à cause de ce marin, l'a envoyé au Syndic qui l'avait porté sur son rôle d'équipage, et que ce dernier l'a de suite dirigé sur Anvers où il était appelé; qu'il est vérifié, par toutes les circonstances réunies de la cause, que le prévenu n'a eu aucune intention de receler ce marin, ou de le soustraire, d'une manière quelconque au, service de l'État et à la recherche de sa personne; que cela résulte principalement de ce que, postérieurement à la mise en activité de service de ce marin, ce qui a eu lieu à Bruxelles le 10 mars 1810, le rôle d'équipage de ce prévenu, sur lequel ce marin était porté, a été constamment visé par les agens de la marine à Anvers, et dans les syndicats du quartier de Bruxelles par où ce marin a passé, et notamment à Bruxelles même, le 20 décembre 1810; que, bien loin de receler ce marin et de le dérober à la recherche de sa personne et aux poursuites, le prévenu mettait au contraire, par là, ce marin en évidence, et favorisait ainsi continuellement son arrestation;

» En ce qui touche les trois autres prévenus,

» Considérant que, dans cette cause, il ne s'agit pas d'examiner la question si ces trois prévenus ont respectivement manqué aux devoirs de leurs fonctions de Syndics, soit en portant ce marin sur le susdit rôle d'équipage, soit en visant ce rôle après que ce marin, qui y était porté, était mis en activité de service, soit en ne l'arrêtant pas sur la réquisition du maire d'Hingène, faits dont l'examen n'entre pas dans les attributions de ce tribunal, mais uniquement celle de savoir s'ils sont convaincus d'avoir sciemment coopéré à receler ce marin ou à le soustraire au service de l'État et à la recherche de sa personne;

» Considérant que, sur ce point, rien n'est demeuré constant à leur égard; que l'argument qu'on a fait valoir contre le Syndic Debièvre, par des liens du sang qui l'unissent au patron du navire les *Trois-Frères* d'Alost, est trop faible pour, sans autres preuves, en induire une culpabilité à son égard, et y asseoir une condamnation;

» Par ces motifs, le tribunal rejette la requête d'appel, et renvoie les trois Syndics devant qui de droit, par rapport aux faits de négligence qu'ils peuvent avoir commis dans l'exercice de leurs fonctions ».

Recours en cassation contre ce jugement, de la part du procureur criminel.

« Le jugement qui vous est dénoncé (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 23 avril 1812) viole-t-il quelque loi, en jugeant que Léonard Debièvre, patron du bateau les *Trois-Frères*, n'a point recélé le marin Vanfrayenhove, et ne l'a soustrait, en aucune manière, au service de l'État? A-t-il violé quelque loi, en jugeant que François Debièvre, Syndic des marins d'Alost, Ange Tempels, Syndic des marins de Termonde, et François Castelyn, Syndic des marins de Tamise, n'ont point favorisé la désobéissance de ce marin? Telles sont les deux questions qui, dans cette affaire, se présentent à votre examen.

» La première ne souffrirait aucune difficulté, et l'affirmative en serait incontestable, s'il était reconnu par le jugement attaqué, que Léonard Debièvre savait, en retenant à son bord le marin Vanfrayenhove, que celui-ci était réfractaire à l'ordre qui lui avait été donné de se rendre sur les vaisseaux de l'État.

» A cette hypothèse, en effet, seraient évidemment applicables, et l'art. 49 de l'arrêté du 1er floréal an 12, et l'art. 1er du décret du 9 messidor an 13, qui punissent de peines correctionnelles, *tout capitaine de navire ou autre soumis à l'inscription maritime, convaincu d'avoir recélé un marin déserteur, d'avoir favorisé son évasion, ou de l'avoir, de quelque manière que ce soit, soustrait au service de la marine de l'État ou aux recherches de sa personne.*

» Mais Léonard Debièvre savait-il, en retenant à son bord le marin Vanfrayenhove, que celui-ci était en état de désertion? Le jugement attaqué déclare formellement qu'il ne le savait pas.

» Et dès-là, il semblerait, au premier abord, que vous ne puissiez pas vous dispenser de maintenir ce jugement.

» Il nous paraît cependant que ce jugement doit être cassé, et voici pourquoi: c'est qu'il n'a pas pu, sans violer des lois expresses, déclarer que Léonard Debièvre ignorait la qualité de Vanfrayenhove, lorsqu'il l'a reçu et retenu à son bord; c'est que des lois ex-

presses l'obligeaient de décider que la qualité de Vanfrayenhove était alors censée connue de Léonard Debièvre.

» D'abord, il est constant, en fait comme en droit, que Léonard Debièvre savait, en recevant Vanfrayenhove sur son bâtiment, le 10 février 1810, que ce jeune homme appartenait à l'inscription maritime. Cela est constant en fait, puisque, devant le tribunal de première instance, comme devant le tribunal d'appel, Léonard Debièvre à prétendu s'être fait représenter la carte d'inscription maritime de ce jeune homme, avant de le recevoir à son bord; puisque d'ailleurs le jugement du tribunal d'appel lui fait un mérite de s'être conformé à l'art. 27 de la loi du 3 brumaire an 4, qui veut qu'en recevant à son bord un marin non commandé actuellement pour le service de l'État, on le fasse inscrire sur le rôle des gens de mer du quartier où l'on se trouve.

» Cela est constant en droit, puisque les art. 5 et 6 de la loi du 3 brumaire an 4 comprennent, de plein droit, dans l'inscription maritime, *tout citoyen âgé de dix-huit ans révolus, qui voudra continuer la navigation ou la pêche, après avoir rempli l'une des conditions suivantes, 1° d'avoir fait deux voyages de long cours; 2° d'avoir fait la navigation pendant dix-huit mois; 3° d'avoir fait la petite pêche pendant deux ans; 4° d'avoir servi, pendant deux ans, en qualité d'apprenti marin;* et que, bien certainement, Léonard Debièvre n'aurait pas reçu à son bord Vanfrayenhove, en qualité de matelot, avec 24 francs de gages par mois, si, parvenu comme il l'était déjà à l'âge de vingt et un ans, il n'eût pas déjà rempli l'une de ces conditions.

» Cette base posée, voyons si Léonard Debièvre a fait, en recevant à son bord, le 10 février 1810, le marin Vanfrayenhove, tout ce que lui prescrivait la loi pour se mettre à couvert de toutes poursuites, dans le cas alors éventuel et arrivé trois mois après, où le marin Vanfrayenhove serait commandé pour le service de l'État.

» Pour établir la négative, le procureur criminel du département de l'Escaut vous cite l'art. 4 du tit. 11 de l'ordonnance de 1784, lequel porte que *les gens de mer classés*, qu'on appelle aujourd'hui LES MARINS SOUMIS A L'INSCRIPTION MARITIME, *ne pourront, même pendant la paix, s'embarquer sur les bâtimens qui seront armés dans un des ports d'un autre quartier que celui où ils sont classés, ni dans le leur, pendant la guerre, s'ils n'en ont obtenu la permission du commissaire;* permission qui, suivant le même article, doit être conçue en forme de congé limité, ou spécifier l'espèce de voyage que le marin pourra entreprendre; et ce magistrat vous fait observer que cette partie de l'ordonnance de 1784 a été publiée dans tout l'arrondissement du port d'Anvers, en 1808, d'après une décision du ministre de la marine, du 5 septembre de la même année.

» Mais le ministre de la marine n'a pas pu, en faisant publier, dans l'arrondissement du port d'Anvers, l'article dont il s'agit, lui donner, dans cet arrondissement, une autorité qu'il n'avait plus dans l'ancien territoire français. Or, cet article était abrogé par l'art. 9 du décret de l'assemblée constituante du 31 décembre 1790, sanctionné le 7 janvier 1790, et par l'art. 27 de la loi du 3 brumaire an 4. On ne peut donc pas appliquer à cet article la disposition de l'arrêté du directoire exécutif du 21 ventôse an 4, qui ordonne que *toutes les ordonnances, lois et réglemens relatifs au classement et aux levées des gens de mer et ouvriers, continueront à être suivis et observés dans toutes les dispositions auxquelles il n'est point dérogé par les lois du 3 brumaire dernier.*

» Du reste, en abrogeant cette disposition de l'ordonnance de 1784, les lois des 7 janvier 1791 et 3 brumaire an 4 lui en ont substitué une autre qui remplit le même but; et de laquelle sort, avec le même avantage, l'argument que fait valoir le procureur criminel.

» L'art. 9 de la loi du 7 janvier 1791 est ainsi conçu : *Tous les hommes de profession maritime, qui ne seront pas actuellement commandés pour le service, ou qui ne seront pas compris dans les levées dont les ordres seront donnés, seront libres de s'embarquer sur les navires marchands et bateaux de pêche, ou d'aller dans les différens ports et arsenaux et s'y embarquer, à la charge seulement de faire inscrire leurs mouvemens sur la matricule des classes de leur quartier et de celui où ils se rendront, et sur leurs livrets qui leur serviront de passeport. Et à l'égard de ceux qui s'embarqueront avec les bâtimens de commerce et de pêche, la formalité de l'enregistrement sur le rôle d'équipage, et la tenue de ces registres auront lieu comme par le passé.*

» L'art. 27 de la loi du 3 brumaire an 4 porte également: *Tout marin qui ne sera pas actuellement commandé pour le service, sera libre de s'embarquer sur les navires de commerce ou bateaux de pêche, où d'aller dans les différens ports de la république, travailler*

ou s'y embarquer, à la charge seulement de faire inscrire son mouvement sur le rôle des gens de mer de son quartier et de celui où il se rendra.

» Ainsi, au lieu de la permission qu'ils devaient, sous l'ordonnance de 1784, obtenir du commissaire de leur quartier pour s'embarquer sur des bâtimens de commerce, les marins non appelés actuellement au service de l'État, doivent seulement faire inscrire leur mouvement sur le rôle des gens de mer du quartier dans lequel ils sont classés et sur celui du quartier où ils s'embarquent. Cette double inscription équivaut aujourd'hui, pour eux, à la permission qu'exigeait l'ordonnance de 1784; et elle leur est aujourd'hui aussi nécessaire que l'était alors cette permission.

» Mais si elle leur est nécessaire pour s'embarquer, il faut bien qu'elle le soit aussi pour que les patrons ou capitaines de navires de commerce puissent les recevoir à leur bord. Car si, en s'embarquant sans être munis de cette double inscription, ils contreviennent à la loi, comment le patron ou capitaine d'un navire de commerce qui les reçoit à son bord, non munis de cette double inscription, pourrait-il être *sans* reproche? Bien évidemment il les aide et les assiste dans le fait qui consomme leur contravention; bien évidemment il devient leur complice.

» Et c'est ce que reconnait implicitement, par le jugement qui vous est dénoncé, le tribunal d'appel de Gand, puisque, comme nous l'avons déjà dit, il fait un mérite à Léonard Debièvre de s'être conformé, en recevant le marin Vanfrayenhove à son bord, à l'art. 27 de la loi du 3 brumaire an 4; ce qui prouve clairement que, dans son opinion, l'obligation imposée au marin Vanfrayenhove, par l'art. 27 de la loi du 3 brumaire an 4, était commune à Léonard Debièvre.

» Or, est-il vrai que cette obligation avait été remplie par Vanfrayenhove avant de s'embarquer? Est-il vrai que Vanfrayenhove, en remplissant cette obligation avant de s'embarquer, avait mis Léonard Debièvre à couvert du reproche de l'avoir reçu à son bord, sans l'avoir préalablement remplie?

» Non, messieurs: Vanfrayenhove n'avait, avant de s'embarquer, fait inscrire son mouvement, ni au quartier des gens de mer de Bruxelles où il était classé, ni au quartier des gens de mer d'Alost où il s'embarquait. Il était donc doublement en contravention à l'art. 9 de la loi du 7 janvier 1791 et à l'art. 27 de la loi du 3 brumaire an 4. Léonard Debièvre était donc nécessairement complice de sa double contravention.

» Et vainement le tribunal d'appel de Gand a-t-il dit que Léonard Debièvre avait rempli le vœu de ces lois, en faisant porter Vanfrayenhove sur son rôle d'équipage, par le Syndic des marins du quartier d'Alost.

» D'une part, faire porter un marin sur le rôle d'équipage du bâtiment de commerce où il s'embarque, ce n'est pas, à beaucoup près, la même chose que le faire inscrire sur le rôle des gens de mer du quartier de l'embarcation; et cela est si vrai que l'art. 9 de la loi du 7 janvier 1791 prescrit simultanément ces deux formalités, sans que l'une puisse suppléer à l'autre. Après avoir dit que les marins classés seront tenus, en s'embarquant sur des bâtimens de commerce, de *faire inscrire leurs mouvemens sur la matricule des classes de leur quartier et de celui où ils se rendront*, il ajoute, qu'à leur égard, *la formalité de l'enregistrement sur le rôle d'équipage, et la tenue dudit registre, continueront d'avoir lieu comme par le passé.*

» D'un autre côté, quand on pourrait considérer le marin Vanfrayenhove comme ayant satisfait à l'obligation de faire inscrire son mouvement sur le rôle des gens de mer du quartier d'Alost, il n'aurait du moins pas satisfait à l'obligation de faire inscrire son mouvement sur le rôle des gens de mer du quartier de Bruxelles; et l'on sent qu'il était bien plus essentiel de le faire inscrire sur celui-ci que sur celui-là, puisque c'était dans le quartier de Bruxelles qu'il était classé, puisque c'était là que devaient exister les renseignemens dont la marine avait besoin pour le trouver, lorsqu'il serait appelé au service de l'État.

» Qu'importe, au surplus, que Vanfrayenhove, à l'époque où il s'est embarqué sur le bateau de Léonard Debièvre, ne fût pas encore compris dans la levée pour la marine, et que cette levée n'ait eu lieu que trois mois après?

» C'est précisément parceque Vanfrayenhove n'était pas encore, à cette époque, appelé au service de l'État, qu'il était tenu de faire inscrire son mouvement sur les rôles des gens de mer des quartiers de Bruxelles et d'Alost. C'est précisément pour cela que Léonard Debièvre ne pouvait pas, sans cette double inscription, le recevoir à son bord; car cette double inscription n'est ordonnée par les lois des 7 janvier 1791 et 3 brumaire an 4, qu'aux marins *non actuellement commandés pour le service*. Une fois que les marins sont *commandés pour le service*, ils ne peuvent plus s'embarquer sur les navires du commerce; il ne peut plus par conséquent être question d'inscrire, sur les rôles des gens de

mer, un mouvement qui ne peut plus avoir lieu de leur part.

» Qu'a donc fait Léonard Debièvre en recevant à son bord le marin Vanfrayenhove, sans qu'il fût porteur de cette double inscription? Il l'a évidemment soustrait aux recherches des agens de la marine, il l'a évidemment recelé; il a conséquemment encouru les peines prononcées par l'arrêté du 1er floréal an 12 et par le décret du 9 messidor an 13.

» Supposons que, dans l'intérieur, un particulier, après avoir reçu dans sa maison, en qualité de serviteur à gages, un jeune homme de l'âge de la conscription, non encore appelé par le sort, au service militaire, mais exposé à l'être, continue à le garder, après que le sort l'a désigné pour l'armée active. Assurément, ce particulier n'a rien fait que de très-licite, en recevant ce jeune homme dans sa maison, à une époque où l'obligation du service militaire ne pesait pas encore sur lui. Cependant il sera puni comme receleur d'un conscrit réfractaire, non pour l'avoir reçu primitivement, mais pour l'avoir gardé postérieurement à la levée des conscrits.

» Et à combien plus forte raison n'en doit-il pas être de même ici de Léonard Debièvre? Non-seulement Léonard Debièvre a retenu à son bord le marin Vanfrayenhove, après l'appel de ce jeune homme au service de l'État; mais en le recevant auparavant à son bord, non muni de la double inscription ordonnée par la loi, il avait fait une chose illicite, il avait contrevenu à deux lois expresses; et certes, quand il serait possible d'accorder qu'il n'a pas été instruit de l'appel de ce jeune homme au service de l'État, il n'en faudrait pas davantage pour le faire condamner comme s'il en eût eu la plus exacte connaissance. En débutant par un acte illicite, par une contravention à la loi, il s'est exposé à toutes les suites de cet acte, de cette contravention; et il s'est rendu responsable de ces suites, bien qu'elles aient eu lieu à son insçu et sans le concours de sa volonté: *Danti operam rei illicitæ*, dit M. d'Aguesseau dans son 47e plaidoyer, d'après le cardinal de Palerme, *imputantur omnia quæ sequuntur præter voluntatem suam.*

» Et en effet, s'il n'avait pas reçu illégalement à son bord, le marin Vanfrayenhove, ce jeune homme aurait pu ne pas échapper aussi long-temps aux recherches de l'autorité publique. Si, avant de le recevoir à son bord, il eût exigé la représentation de sa double inscription, ce jeune homme se serait procuré ces deux pièces; et dans ces deux pièces, l'autorité publique aurait trouvé les renseignemens nécessaires pour le découvrir au moment où elle aurait eu besoin de lui.

» Qu'importe encore que Léonard Debièvre, en faisant naviguer sur son bateau le marin Vanfrayenhove, l'ait continuellement mis en évidence dans les divers ports où il s'arrêtait; et que, par là, il ait facilité aux agens de l'autorité publique, les moyens de vérifier si le marin Vanfrayenhove était en règle?

» Celui qui, dans l'intérieur, tiendrait à ses gages un conscrit réfractaire, serait-il exempt de toute peine, sous le prétexte qu'il ferait voyager ce conscrit, et que, par là, il mettrait la gendarmerie à même de le reconnaître et de l'arrêter? Non assurément.

» Et pourquoi Léonard Debièvre serait-il traité avec plus de ménagement et de faveur?

» Ne sent-on pas d'ailleurs que les Syndics des gens de mer, autres que ceux d'Alost et de Termonde, qui, dans les divers ports où a passé le bateau *les Trois-Frères*, ont visé le rôle d'équipage sur lequel était porté le marin Vanfrayenhove, ont dû croire que leurs confrères d'Alost et de Termonde avaient fait leur devoir en le faisant eux-mêmes préalablement, c'est-à-dire, qu'ils ne l'avaient visé qu'après s'être assurés que le marin Vanfrayenhove n'était pas en état de désobéissance à la loi?

» Il n'y a donc rien, absolument rien, qui puisse excuser Léonard Debièvre du reproche d'avoir recélé Vanfrayenhove; il n'y a donc rien, absolument rien, qui puisse soustraire à la cassation le jugement par lequel Léonard Debièvre a été acquitté.

» Voyons maintenant, en abordant notre deuxième question, si ce jugement est plus en harmonie avec la loi, en ce qui concerne les Syndics des marins d'Alost, de Termonde et de Tamise.

» Et d'abord, que reprochait-on, devant le tribunal d'appel de Gand, à ces trois Syndics?

» On reprochait au Syndic d'Alost, 1° d'avoir porté Vanfrayenhove sur le rôle d'équipage du bateau *les Trois-Frères*, sans s'être fait représenter les extraits de sa double inscription au rôle des gens de mer du quartier dans lequel il était classé, et au rôle des gens de mer du lieu où se trouvait ce bateau; 2° d'avoir visé ce même rôle d'équipage le 2 mai, le 20 juin, le 14 août, le 11 octobre 1810 et le 28 février 1811.

» On reprochait au Syndic de Termonde, d'avoir visé ce même rôle d'équipage jusqu'à quatre fois, et notamment deux fois après

l'appel de Vanfrayenhove au service de l'État.

» On reprochait au Syndic de Tamise, de n'avoir pas fait arrêter Vanfrayenhove, du moment qu'il en avait été requis par le maire de la commune d'Hingène, quoique cette réquisition fût expressément motivée sur l'exécution militaire dont la commune d'Hingène était frappée à raison de la désobéissance de Vanfrayenhove, et d'avoir, par ce moyen, laissé Vanfrayenhove sur le bateau *les Trois-Frères*, pendant dix jours de plus qu'il n'y fût resté, si son arrestation eût eu lieu immédiatement après cette réquisition.

» Qu'a statué le tribunal d'appel de Gand sur ces divers reproches? Il ne les a pas jugés non fondés, mais il a déclaré qu'il n'était pas compétent pour les apprécier; il a jugé qu'il n'en résultait que des *négligences* dans l'exercice des fonctions des trois Syndics, et il a renvoyé les trois Syndics *devant qui de droit, par rapport à ces négligences*.

» Maintenant ouvrons le livre de la loi.

» L'art. 46 de l'arrêté du gouvernement, du 1er floréal an 13, porte que *Tout individu attaché à l'armée navale, ou au service des ports et arsénaux, prévenu d'être* FAUTEUR *ou complice de désertion, sera jugé par le conseil de guerre maritime spécial..... S'il est convaincu* (ajoute l'art. 47) *d'avoir provoqué ou* FAVORISÉ *la désertion à l'ennemi, d'un ou plusieurs marins, il sera puni de mort. S'il est convaincu* (dit encore l'art. 48) *d'avoir provoqué ou* FAVORISÉ *la désertion à l'étranger d'un ou plusieurs marins, il sera puni de six ans de chaîne, si c'est en temps de guerre, et de trois ans, si c'est en temps de paix.*

» Et le décret du 9 messidor de la même année déclare ces trois articles *applicables à tous les individus tenant à la marine*, expressions qui évidemment comprennent les Syndics des gens de mer, expressions par conséquent qui ne permettent pas de douter que les Syndics des gens de mer n'encourent les peines prononcées par l'un des trois articles, non-seulement lorsqu'ils provoquent la désertion d'un marin, lorsqu'ils s'en rendent *complices*, mais encore lorsqu'ils la *favorisent*, lorsqu'ils en sont simplement *fauteurs*.

» Ici, une première question se présente. Le marin Vanfrayenhove était-il en état de désertion, par cela seul qu'étant compris dans la levée du 10 mai 1810, il ne s'était pas rendu sur les vaisseaux de l'État?

» Oui, messieurs, et la preuve en est écrite littéralement dans les art. 9 et 10 de l'arrêté du gouvernement du 5 germinal an 12: *Tout administrateur de la marine, chargé du service de l'inscription* (y est-il dit), *qui aura reçu l'ordre de faire une levée, pour l'armement des bâtimens de la république, adressera au préfet maritime de son arrondissement, l'état des marins compris dans cette levée, avec l'indication du jour de leur départ, et de celui auquel ils devront être rendus dans le port d'armement. Huit jours après celui fixé pour l'armement desdits marins, le préfet maritime se fera représenter l'état ci-dessus mentionné; et ceux qui ne seraient pas rendus au port d'armement, seront réputés déserteurs et traduits comme tels au conseil de guerre maritime spécial.*

» Il ne reste donc plus qu'à savoir si les Syndics des gens de mer d'Alost, de Termonde et de Tamise ont *favorisé* la désertion de Vanfrayenhove, par les *négligences* dont le tribunal d'appel de Gand reconnaît qu'ils se sont rendus coupables dans l'exercice de leurs fonctions, relativement à ce marin.

» Or, 1° qu'a fait le Syndic d'Alost, en faisant porter Vanfrayenhove sur le rôle d'équipage du bateau *les Trois-Frères*, sans qu'il eût préalablement fait inscrire son mouvement, tant sur le rôle des gens de mer du quartier de Bruxelles, que sur le rôle des gens de mer du quartier de Gand? Bien certainement il a fourni à Vanfrayenhove un moyen de se soustraire au service de l'État; il a aidé Vanfrayenhove dans un fait qui préparait sa désertion; il a, par conséquent, favorisé la désertion de Vanfrayenhove.

» Et il est, à cet égard, d'autant moins excusable, que, par l'ordre de service donné le 1er novembre 1807, par les chefs de la marine d'Anvers, il était formellement averti que *nul individu ne peut être porté sur les rôles des bâtimens de commerce et autres, sans être muni d'un carnet* ou *livret* contenant son *signalement, sa qualité au service et ses différens mouvemens*; livret dont vous vous rappelez que l'art. 9 de la loi du 7 janvier 1791 enjoint à tout marin, non actuellement appelé sur les vaisseaux de l'État, de se munir, pour pouvoir s'embarquer sur un bâtiment de commerce; livret d'ailleurs qui n'est et ne peut être que l'extrait de la double inscription dont il faut, aux termes de la même loi et de l'art. 27 de celle du 3 brumaire an 4, que soit précédé l'embarquement d'un marin sur un bâtiment non appartenant à l'État.

» 2° Qu'a fait ce même Syndic, lorsqu'après la levée du 10 mai 1810, il a visé le rôle d'équipage du bateau *les Trois-Frères*, sur lequel était porté Vanfrayenhove? Il a attesté à tous les fonctionnaires, à tous les agens

du gouvernement, sous les yeux desquels passerait ce rôle d'équipage, que Vanfrayenhove lui avait représenté, avant son embarquement sur le bateau *les Trois Frères*, sa double inscription sur les rôles des gens de mer de Bruxelles et de Gand; que Vanfrayenhove était embarqué légalement sur ce bateau; qu'il n'était pas appelé au service de l'État; que rien ne devait s'opposer à ce qu'il naviguât. Il a par conséquent fait ce que ferait le maire d'une commune, qui délivrerait un passeport à un conscrit réfractaire, sans y faire mention de sa qualité. Il a par conséquent favorisé la désertion de Vanfrayenhove.

» Et qu'on ne dise pas qu'il a pu être de bonne foi; qu'on ne dise pas qu'il a pu ignorer, en portant Vanfrayenhove sur le rôle d'équipage du bateau *les Trois-Frères*, que ce marin était assujéti à l'inscription maritime; qu'on ne dise pas qu'il a pu ignorer, en visant ce rôle d'équipage, après la levée du 10 mai 1810, que Vanfrayenhove était compris dans cette levée.

» La loi lui défendait de porter Vanfrayenhove sur le rôle d'équipage, sans s'être assuré, par l'examen de ses papiers, qu'il n'existait aucun empêchement légal à son embarquement. La loi lui défendait de viser ce rôle d'équipage, sans s'être assuré que Vanfrayenhove était embarqué légalement; et elle le lui défendait, non pas précisément parcequ'il était Syndic des gens de mer, mais parcequ'il était Syndic des gens de mer du lieu où s'était opéré l'embarquement de Vanfrayenhove. Eh! Peut-on admettre l'excuse de bonne foi de la part de celui qui contrevient aux règles que la loi lui impose? Non. « Toute » présomption de bonne foi (dit M. d'Agues- » seau, dans le plaidoyer déjà cité), cesse » pour un coupable; quand il y en aurait, » elle n'excuse point, parceque *dabat operam* » *rei illicitæ* ».

» 3° Qu'a fait le Syndic des gens de mer de Termonde, lorsqu'il a pareillement visé, après la levée du 10 mai 1810, le rôle d'équipage sur lequel était porté Vanfrayenhove? Il a confirmé l'attestation déjà donnée faussement par le Syndic des gens de mer d'Alost, que Vanfrayenhove était embarqué et naviguait légalement sur le bateau *les Trois-Frères*; et il est impossible qu'il l'ait attesté de bonne foi. Car, d'un côté, en donnant ses deux premiers *visa*, il devait savoir que Vanfrayenhove était assujéti à l'inscription maritime; il devait le savoir, parceque ce marin était du quartier de Bruxelles et de son propre syndicat; et il devait le savoir d'autant mieux, qu'en exécution de l'art. 9 de la loi du 3 brumaire an 4, il tenait ou devait tenir un contrôle exact de tous les marins de son syndicat que l'inscription maritime atteignait. D'un autre côté, en donnant ces deux derniers *visa*, il devait savoir que Vanfrayenhove était compris dans la levée du 10 mai 1810; il devait le savoir, parcequ'en exception de l'art. 20 de la même loi, il avait dû former lui-même l'état nominatif des marins de son syndicat qui étaient compris dans cette levée; et il devait le savoir d'autant mieux, qu'en exécution de l'art. 22 de la même loi, il avait dû faire publier, et qu'en effet il avait fait publier cet état dans toutes les communes de sa dépendance. Il a donc attesté, comme le Syndic d'Alost, à tous les fonctionnaires publics, à tous les agens du gouvernement, sous les yeux desquels pouvait passer le rôle d'équipage du bateau *les Trois-Frères*, que Vanfrayenhove n'appartenait pas à la marine de l'État, et qu'il n'y avait aucune mesure à prendre contre lui. [illegible] comme le Syndic d'Alost, favorisé la désertion de Vanfrayenhove.

» 4° Qu'a fait le Syndic des gens de mer de Tamise, lorsqu'il a résisté à la réquisition du maire de la commune d'Hingene, d'arrêter Vanfrayenhove comme déserteur de la marine de l'État? Sans doute, il a, [illegible] des termes du tribunal d'appel de Gand, été de la négligence dans l'exécution de ses fonctions, puisqu'il entrait dans ses [illegible] comme le prouvent l'art. 3 de la loi du 24 de l'ordonnance de 1784 et l'art. [illegible] de la loi du 3 brumaire an 4, de faire arrêter les marins réfractaires ou déserteurs; mais par cette négligence, il a favorisé la désertion de Vanfrayenhove; il a même été cause qu'elle avait prolongée de dix jours de plus; il s'est par conséquent rendu coupable, comme les Syndics d'Alost et de Termonde, du délit prévu et puni par l'art. 46 de l'arrêté du gouvernement du 1er floréal an 13.

» C'est donc par une violation formelle de la loi, que ces trois Syndics ont été acquittés par le jugement que vous dénonce le procureur criminel du département de l'Escaut, et la loi ne peut pas être [illegible] impunément.

» Du reste, pour nous expliquer sur l'observation par laquelle M. le rapporteur a terminé son rapport, nous ne pensons pas que ce jugement et les procédures dont il a été précédé, tant en première instance qu'en cause d'appel, puissent être annulés, d'après l'art. 76 de l'acte constitutionnel du frimaire an 8, sur le fondement que [illegible]

ayons été poursuivis sans l'autorisation préalable du conseil d'état; et cette opinion nous paraît justifiée par deux raisons également tranchantes.

» La première est que le défaut d'autorisation préalable du conseil d'état, ne peut jamais être opposé à un jugement qui acquitte un agent du gouvernement. Le conseil d'état l'a lui-même ainsi décidé par un avis du 13 mai 1809, approuvé le 17 du même mois.

» La seconde est que les Syndics des gens de mer, quoique nommés par le gouvernement, en conformité de l'art. 9 de la loi du 3 brumaire an 4, ne sont cependant pas *agens du gouvernement*, dans le sens attribué à ces mots, par l'art. 75 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8.

» En effet si l'on compare cet article avec le 85.e du même acte, on se convaincra facilement qu'il ne comprend pas, dans sa disposition, les agens du gouvernement qui tiennent à l'armée.

» Suivant l'art. 75, les *agens du gouvernement*, qui *ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du conseil d'état*, doivent, lorsque cette décision est intervenue, être *traduits devant les tribunaux ordinaires*.

» Il serait donc devant les tribunaux ordinaires que devraient être traduits les agens du gouvernement qui tiennent à l'armée, si, pour les y traduire, une décision du conseil d'état était nécessaire.

» Or, par l'art. 85 il est dit que *les délits militaires sont soumis à des tribunaux militaires et à des formes particulières de procédure*.

» L'art. 75 n'est donc pas applicable aux agens du gouvernement qui sont militaires.

» Et dans le fait, il est inouï qu'on ait eu recours au conseil d'état, pour mettre en jugement un garde-magasin des vivres de l'armée, un commissaire des guerres, un quartier-maître, etc.

» Le sieur Delauzières, capitaine de recrutement dans le département du Cantal, a été poursuivi pour crime de faux, dans l'exercice de ses fonctions, devant la cour spéciale du département du Lot, déléguée à cet effet par un arrêt de la section des requêtes. C'est prévalu contre l'arrêt par lequel cette cour s'était déclarée compétente pour le juger, de sa qualité d'agent du gouvernement pour la levée de la conscription, et de l'absence de toute autorisation du conseil d'état pour le poursuivre. Mais cet arrêt n'en a pas moins été confirmé, le 6 mars 1807, au rapport de M. Seignette, et sur nos conclusions, *attendu que les fonctions de capitaine de recrutement étant purement militaires, ces fonctions dont Delauzières était chargé, ne le placent point dans l'application de l'art. 75 de la constitution du 22 frimaire an 8*.

» Ce que sont les capitaines de recrutement pour l'armée de terre, les Syndics des marins le sont pour l'armée navale. Ce que vous avez décidé par cet arrêt, pour les premiers, s'applique donc naturellement aux seconds.

» Aussi avez-vous maintenu, le 18 avril 1811, au rapport de M. Benvenutti, un arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Dyle, qui, sans autorisation préalable du conseil d'état, avait fait le procès au sieur Desoër, pour crime de meurtre commis dans l'exercice de ses fonctions de Syndic des marins de Bruxelles, et l'avait condamné à une peine afflictive.

» Il est vrai que, dans cette espèce, le sieur Desoër ne se prévalait pas de l'art. 75 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, mais il se prévalait de sa qualité de Syndic des marins; vous avez même reconnu, par le premier motif de votre arrêt, qu'en cette qualité, il était réputé militaire de l'armée navale; et, sans doute, vous auriez suppléé vous-mêmes le moyen de cassation qu'il aurait pu tirer de l'article cité, si vous n'aviez pas jugé que cet article lui était étranger.

» Dans ces circonstances et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler le jugement qui vous est dénoncé, et de renvoyer les prévenus devant un autre tribunal pour être statué sur l'appel du procureur criminel du département de l'Escaut ».

Par arrêt du 23 avril 1812, au rapport de M. Audier-Massillon,

« Vu l'art. 27 de la loi du 3 brumaire an 4, l'art. 49 de l'arrêté du 1.er floréal an 12, additionnel à celui du 5 germinal précédent, et le décret du 9 mesidor an 13..... ;

» Attendu que, des faits constatés au procès, il résulte que Léonard Debièvre, patron du bateau *les Trois-Frères*, a admis sur son bord, et compris dans son équipage, Jean-Baptiste Vanfrayenhove, qu'il savait être inscrit sur le rôle des marins du syndicat de Termonde, sans qu'il eût rapporté le congé ou certificat de mouvement du commissaire ou Syndic de son quartier, ni le carnet prescrit par le réglement du 1.er novembre 1807, et sans qu'il eût été inscrit sur les registres du syndicat

d'Alost, où il prenait du service ; et que, par ce moyen, il l'a soustrait aux recherches de l'administration, et a préparé et facilité sa désobéissance et sa désertion ;

» Qu'il a continué à garder à son service, et sur son bateau, ledit Vanfrayenhove, le 10 mai 1810, lorsque ce marin a été mis en activité de service de la marine de l'État, et jusqu'au 12 mai 1811 ;

» Qu'on ne peut pas admettre comme excuse légitime que Léonard Debièvre a ignoré, jusqu'au 12 mai 1811, que Vanfrayenhove avait été compris dans la levée ordonnée au mois d'avril 1810, dès que c'était par son fait que l'administration avait été mise hors d'état d'atteindre ce marin, et qu'il était dans un état permanent de contravention aux lois et aux réglemens de la marine ;

» Qu'on ne peut pas également excuser le patron Debièvre sur ce que Vanfrayenhove avait été inscrit, sur le rôle d'équipage de son bateau, par le Syndic de la marine d'Alost, parceque cette inscription avait été faite contre la prohibition expresse de l'art. 26 de la loi du 3 brumaire an 4, et de l'art. 2 du réglement du 1er novembre 1807, qui défendent d'inscrire, sur le rôle d'équipage des bâtimens de commerce, aucun marin, sans être muni de son carnet et sans avoir fait inscrire son mouvement sur le rôle des gens de mer de son quartier et de celui où il se rend ; et qu'un acte fait contre la défense de la loi, bien loin de servir de titre pour excuser une contravention, ne fait au contraire que l'aggraver ; d'où il suit que le tribunal d'appel de Gand, en admettant ces excuses, et en s'en servant pour en conclure que le patron Debièvre n'avait pas eu intention de receler le marin dont il s'agit, a violé l'art. 27 de la loi du 3 brumaire an 4, et, par suite, l'art. 49 du décret du 1er floréal an 12, et celui du 9 messidor an 13 ;

» En ce qui concerne les trois Syndics d'Alost, de Termonde et de Tamise ;

» Attendu qu'il était constant au procès et reconnu par le jugement attaqué, que Joseph-François Debièvre, Syndic de la marine, à Alost, avait inscrit, sur le rôle d'équipage d'un bateau de commerce, ledit Jean-Baptiste Vanfrayenhove, marin inscrit au syndicat de Termonde, sans s'être nullement conformé à ce qui est prescrit par les lois et les réglemens de la marine ;

» Que Ange Tempels, Syndic de Termonde, dans le syndicat duquel ledit Vanfrayenhove était inscrit, avait visé plusieurs fois le rôle d'équipage du bateau de commerce sur lequel ce marin était porté, après qu'il avait été mis en activité de service ;

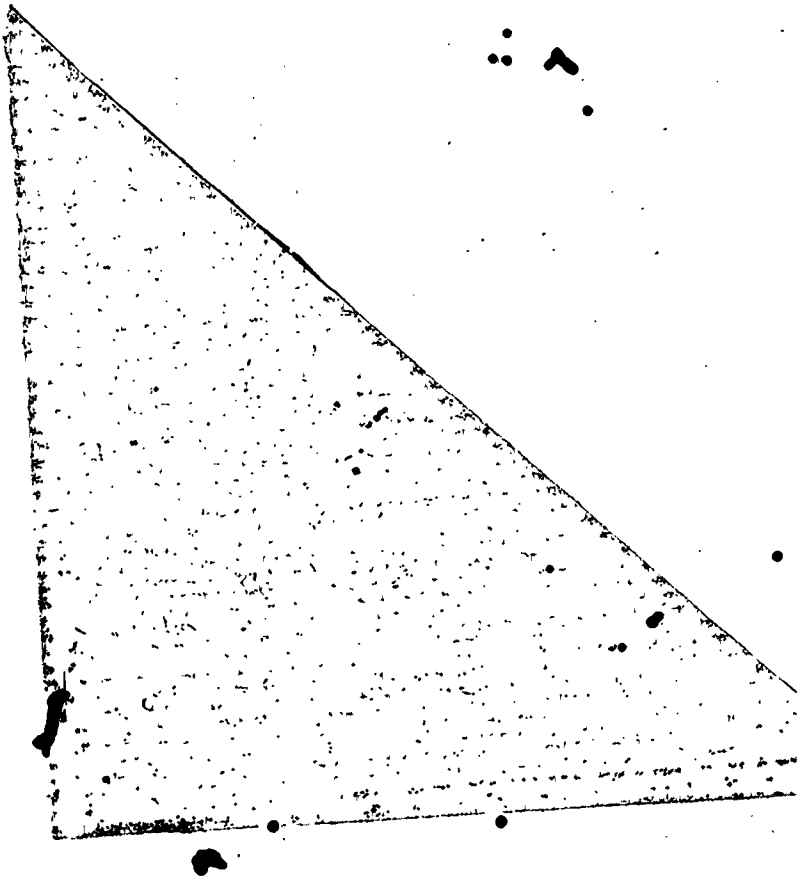
» Que François Castelyn, Syndic de marine à Tamise, avait refusé de déférer aux réquisitions du maire d'Hingène, et de faire arrêter le marin Vanfrayenhove, qui se trouvait alors dans le port de Tamise, et de le renvoyer à sa destination ;

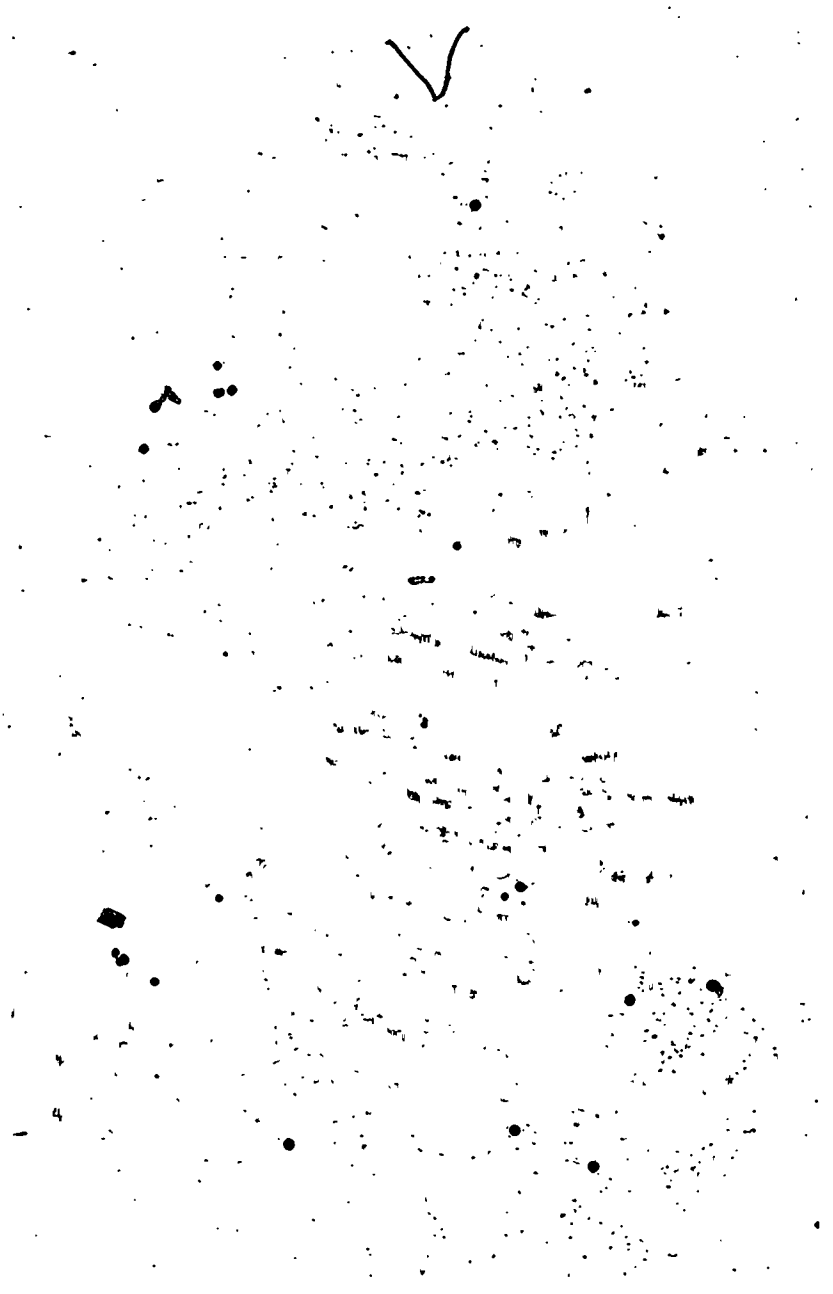
» Attendu que ces faits ne constituaient pas seulement, à l'égard des trois Syndics, une négligence dans leurs fonctions, mais qu'il en résultait qu'ils avaient, en violant les lois et les réglemens de la marine, concouru à soustraire un marin déserteur au service de l'État, et aux recherches de sa personne, délit prévu par l'art. 49 du décret du 1er floréal an 12, et par le décret du 9 messidor an 13 ; d'où il suit que le tribunal d'appel de Gand a violé les lois susdites, en refusant d'en faire l'application aux prévenus ;

» La cour casse et annulle le jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Gand, le 27 février 1812, dans la cause de Léonard Debièvre, Joseph-François Debièvre, Ange Tempels et François Castelyn..... ».]]

FIN DU TRENTE-DEUXIÈME VOLUME.

00079277





Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 24 February, 2016